# فلسفهٔ قانونگذاری در اسلام

دکتر صُبحی محمصانی

ترجمه

اسماعیل گلستانی




منتدى إقراء الثقافي

دکتر صبحی محمصانی

# فلسفهٔ قانونگذاری در اسلام

ترجمهٔ
اسماعیل گلستانی



مؤسسهٔ انتشارات امیرکبیر
تهران، ۱۳۵۸

# مقدمهٔ مترجم

مؤلف این کتاب استاد صبحی محمصانی ازحقوقدانان برجستهٔ لبنان واز وکلای مبرز دادگستری، همچنین از استادان حقوق در دانشگاههای بیروت است. اطلاع وسیع مؤلف به فقه اسلامی و آشنائی او به حقوق بین المللی و تطبیقی و همچنین خدمات و سابقهٔ قضائی او دست بدست هم داده و اثر جالبی بوجود آورده است. میتوان ادعا کرد که قسمت عمده‌ای از مطالب این کتاب برای بسیاری از علاقه‌مندان به فقه و حقوق اسلام جالب و مفید خواهد بود. خوانندهٔ محترم پس از مطالعهٔ این کتاب، به روش قانونگذاری مذاهب مختلف اسلامی بیشتر آشنائی خواهد یافت و این بهترین پاداش و مزد مترجم است.

مترجم در زمینه‌های ماهیت قانون و کیفیت قانونگذاری و لزوم تطور و تکمیل قوانین، همچنین در اصول تشریع درمذهب شیعه و ادلهٔ عقلی مطالبی تهیه کرده بود تا بصورت پاورقی و مقدمه بر این کتاب بیفزاید. بعدها صلاح در این دیده شد که بصورتی جداگانه منتشر شود، تنها به‌آوردن پانویس‌هائی چند، که لازم مینمود، اکتفا شد.

اسلامی خصوصاً مذهب حنفی و سایر مذاهب سنی و قوانین جدیده مانند قوانین لبنان وانگلیس و فرانسه بحث نماید، پس از این کتاب، انتشار دهم. توفیق از خدا است در آغــاز و انجام.

بیروت اول تشرین الثانی ۱۹۴۵

**صبحی رجب محمصانی**

الهام بخش قاضی خواهد بود.

مصر بدین ترتیب دارای قوانینی از آن‌خود گردید و باالغای محاکم مختلط از ۱۵ حزیران ۱۹٤۹ کـه بموجب پیمان مونترو مصوب سال ۱۹۳۷ انجام گرفت استقلال قضائی خود را بدست آورد[1].

## ترکیه

چگونگی دوره‌های قانونگذاری درترکیه واقتباس ازقوانین غربی وتدوین مجلهٔ احکام عدلیه وتعدیلاتی که پس از آن اتفاق افتاد قبلابیان شد، اینك باختصار به‌تعدیلهائی که بعدها در قانونگذاری ترکیه راه‌یافت اشاره می کنیم.

نهضت ترکیه باانقلاب‌حزب ترکیهٔ جوان علیه روش‌سیاسی دوران‌عبدالحمید آغاز گردید. این انقلاب منشأ اصلاحاتی بزرگ شد و دو مرتبه حکومت پارلمانی را به‌سال ۱۹۰۸ به‌ترکیه بر گرداند. ازآن روزگار ملت ترك به‌تجدد طلبی گرائید وتقلیدهای موروثی را بدور افکند. عدهٔزیادی آشکارا خواستار اصلاح شدندوبرخی از آنان مانند محمدعبدالله افندی پیشنهاد کردند که برای حفظ تمایلات ملی‌قرآن را به‌ترکی ترجمه کنند.

هنگامیکه کشور ترکیه بـرهبری مصطفی کمال پـاشا ملقب به اتاترك ــ بنیانگذار ترکیهٔ نوین ــ در قیام ملی خود پیروزشد، اصلاحـات بشکل تازه‌ای جلوه‌گری‌نمود، دستگاه خلافت‌باضمحلال وانهدام کشیده وخصوصیات‌غیر ترکی‌از میان برداشته‌شد. همینکه ترکان درسال ۱۹۲۳ پیروزمندانه پیمان لوزان را بستند، در بیست ونهم تشرین‌اول همانسال باابقاء خلافت عبدالمجید افندی رژیم‌جمهوریت

---

۱ــ در وضع‌قانونگذاری ورژیم دولتی مصر تاکنون‌دگرگونیهای فراوانی پدیدآمده که مـا بلحاظ ضیق وقت وارد بحث درآن نمیشویم ــ مترجم.

ترکیه را اعلان کردند.

در اوائل سال بعد، مقام خلافت و منصب شیخ‌الاسلامی ومحاکم شرعی ملغی گردید وهمگی افراد خاندان عثمان از ترکیه بیرون‌رانده شدند وهمچنین درسال ۱۹۲۵ جمعیت‌های ارتجاعی از قبیل مولوی‌ها و بکتاشی‌ها وغیره منحل گردید و پوشیدن شاپو اجباری شد. و سپس ترجمهٔ قرآن به‌ترکی وتبدیل حروف عربی به لاتینی آغاز گردید وزبان ترکی تا سرحد امکان از زبانهای خارجی اعم از عربی‌و زبانهای دیگر خالی شد.

از لحاظ قانونگذاری انقلابی سترك وسریع صورت گرفت. ترك‌ها به‌تصریح محمد اسعدبیك[1] وزیرداد گستری وقت ترکیه، میخواستندبدون‌اتلاف وقت وتحمل رنج یکی ازقوانین‌تازهٔ اروپائی‌را انتخاب وبه‌ترکی ترجمه کنند وبدون بحث‌تفصیلی آنرا به‌تصویب مجلس نمایندگان برسانند. همانطوریکه ناپلئون قانون خود را، یکجا و بدون هیچگونه بحث و مناقشه به تصویب رسانید. بدین ترتیب ترکان می‌توانستند دارای قانونی آماده وپرداخته با شرح وتفسیر و سابقهٔ تاریخی شوند. از اینرو بسال ۱۹۲٦ قانون الزامات کشورهای متحدهٔ سویس و سپس قانون مدنی سویس[2] بدون تعدیل‌قابل توجهی درترکیه پذیرفته‌شد. وبعبارت روشنتر، قانون‌مدنی ترکیه همان قانون مدنی سویس با اندکی تعدیل است. مثلا در ترکیه سن بلوغ هیجده سال تمام (ماده ۱۱) ولی در سویس بیست‌سال تمام (مادهٔ۱٤) است.

با این ترتیب مجلهٔ احکام عدلیه و کلیهٔ احکام شریعت اسلام در این کشور لغو شد. وبحکم‌قوانین فعلی ترکیه، زن‌ومرد در ارث و درخواست طلاق‌ازداد گاه،

---

۱ـ برای این تصریح مراجعه‌کنید به‌کتاب‌کنت استرورو‌گ بنام « اصلاح آنکارا » (*The Angora reform*)، لندن، ۱۹۲۷، ص ۸۶-۸۷.

۲ـ این قانون را آقای خالد شاه بندر در بغداد به‌عربی ترجمه‌کرده است.

باارائهٔ دلائل موجه ، ازحقوق متساوی برخوردارند ، وهمچنین‌تعدد زوجات ممنوع است و ازدواج با وجود اختلاف دینی زن ومرد ، مجاز و قانونی است .

البته در ترکیه دین رسمی دولتی‌اسلام است . اما دین را از قانون جدا کرده و آنرامخصوص به‌عقائد وایمان‌افراد دانسته‌اند ، درحالیکه قانون ازروحانیت‌جدا واز وظائف دولت است وهیچگونه ارتباطی بادین ومردان دین‌ندارد .

دراینجا ناگزیر از گفتاروتحسین این مطلب‌هستیم که اخیراً آموزش‌های‌دینی بمدارس ترکیه‌اعاده شده وخواندن اذان بزبان عربی مجاز گشته است . و این امر برای ارضاء تمایلات اکثریت بیست ویك میلیونی مردم مسلمان‌این کشور بوده‌است.

**جمهوری لبنان**

لبنان در زمان پیشین نام کوهی در سرزمین شام ( سوریه ) بود . ودر دوران حکومت عثمانیها مخصوصاً از پروتکل سال ۱۸٦٤ ببعد از خود مختاری‌داخلی برخوردار بود، وپیوسته از این سرزمین‌های فرازعرب‌نشین ، مردان‌زیادی‌برخاسته‌اند وبه‌زبان و ادبیات عرب خدمت‌های برجسته‌ای کرده‌اند وبه‌نشر آن پرداخته‌اند ،چه مردم لبنان به‌فرهنگ ودانش مشهورند ، همانطوریکه درمیهن دوستی وبیدار نمودن احساسات‌ملی‌اشتهار دارندوشاعرلبنانی مرحوم‌ابراهیم‌یازجی‌درقصیدهٔ خود: «هوشمند باشید وازخواب برخیزید ای امت عرب» این خصیصهٔ ملی را جاویدان کرده است .

پس از پایان جنگ جهانی اول ، لبنان تحت حمایت فرانسه قرار گرفت . در سال ۱۹۲۰پس از پیوستن قسمتهائی از ساحل وبخشی ازسرزمینهای داخلی[1] باین کشور ،استقلال آن بنام لبنان کبیر ونیز درسال ۱۹۲٦ رژیم جمهوری درآن کشور اعلان گردیدو مقرر شد که رئیس جمهورآن لبنانی و با انتخاب فرانسه باشد .

---

۱ـ در این مسأله بکتاب « یقظةالعرب » ، از ژرژ انتونیوس ، ترجمهٔ آن به عربی بوسیلهٔ زکابی ، دمشق ۱۹۴۶ ، ص ۴۰۶ ومابعدآن مراجعه فرمائید .

بعدها نظارت فرانسه در انتخاب رئیس جمهور ملغی گردید و پس از یك شورش خونین معروف در نهم تشرین دوم ۱۹۴۳ برای بار اول و در هفتم کانون اول ۱۹۴۳ برای بار دوم و در ۲۱ کانون دوم ۱۹۴۷ برای بار سوم تعدیلاتی در قانون اساسی لبنان انجام گرفت .

دولتهای بزرگ استقلال کامل لبنان را برسمیت شناختند و لبنان در کنفرانس جامعهٔ دول عربی در قاهره وامضاء پیمان آن بمورخ ۲۲ آذار ۱۹۴۵ شرکت کرد. و نیز بتاریخ ۲۶ حزیران ۱۹۴۵، نمایندهٔ لبنان در کنفرانس سانفرانسیسکو حضور یافت و منشور سازمان ملل متحد را امضاء کرد[1]. و بموجب مادتین ۳ و ۷۸ پیمان مذکور لبنان بعضویت سازمان ملل درآمد و دولتی مستقل و آزاد شناخته شد .

بدنبال این قضایا دولت لبنان از کلیهٔ حقوق حاکمیت ، از قبیل حق دفاع وحق داشتن نمایندهٔ سیاسی در دیگر کشورها ، بهره‌مند گردید و در تاریخ ۳۱ کانون اول سال ۱۹۴۶ کلیهٔ ارتش‌های بیگانه از سرزمینهای لبنان بیرون رفتند و از طرف مجلس نمایندگان قانون الغاء دادگاههای مختلط بتصویب رسید .

نفوس لبنان درحال حاضر ، نزدیك یك میلیون و سیصد هزار نفر است که نصف بیشتر آن از طوائف مسیحی وبقیه از طوائف اسلامی هستند وهمگی بهم پیوسته ودر جمهوری کوچك خود درصفاوسازش زندگی میکنند وازیك قانون اساسی ومجلس قانونگذاری ودادرسی یکسان فرمان‌میبرند واساس دموکراسی وبرابری وداد گری بر آنان حکومت دارد . فقط در برخی مسائل احوال شخصی هرقومی تابع احکام و محاکم خاص خود میباشد ودر بعضی مسائل دیگر ازقبیل اوقاف ومواریث و نفقات وحجر و نظائر اینها بمذهب حنفی عمل میشود . همچنین درمسائل مربوط بفتوی ودادرسی

۱ـ مجلس نمایندگان لبنان درجلسهٔ ۴ ایلول سال ۱۹۴۵ بقانون مورخ ۲۵ ایلول ۱۹۴۵ ، آنرا تنفیذ کرده است.

شرعی مربوط باحوال شخصی در میان سنیان به‌مذهب حنفی رفتار میشود . ودراین اواخر دولت لایحهٔ قانونی مخصوصی برای ارث و برخی از احوال شخصیه آمـاده کرده وهما کنون مورد مطالعه‌وبررسی است.

از نظر قانون مدنی ، لبنان از قوانین عثمانی و مجلهٔ احکام عـدلیه پیروی میکرد وپس از آنکه لبنان تحت‌الحمایهٔ فرانسه‌قرار گرفت، مقامات دولتی متدرجاً به‌وضع قوانین وقرارهای قانونی در مسائل گوناگون بصورت‌مستقل و گاهی بایاری حکومت محلی دراین کشور دست زدند .

درحقیقت قوانین وفرمان‌های زیادی بصورت عام و خاص صادر گردید کـه مهمترین آنها عبارتند از : قانون مالکیت ، قانون الزامات و عقود ، آئین دادرسی مدنی ، قانون بازرگانی ، قوانین کیفری وقانون تشکیل دادگاههای شرعی .

قانون مالکیت بوسیلهٔ کمیسرعالی فرانسوی‌طی‌فرمان شماره۳۳۳۹دردوازدهم تشرین دوم ۱۹۳۰ ـ که در نشریهٔ رسمی ۳۱ کانون دوم سال ۱۹۳۱ مندرج است ـ در ۲۷۰ ماده صادر گردید ،که در اموال غیر منقول وحقوق عینی و انتفاعی و ارتفاقی و رهن و گرو وغیرآنها وچگونگی حصول وانتقال و اسقاط اینگونه ازحقوق‌بحث میکند .

این قانون بعلاوهٔ فرمان‌های پیشین مربوط به‌تحدید وثبت‌املاك[1] وهمچنین تعدیلهائی که بعداً درآن روی داد ، رویهمرفته امروزه قانون « مالکیت »[2] لبنان را تشکیل میدهد . بدین‌ترتیب کلیهٔ احکام پیشینی که با قانون جدید سازش نداشت ، منسوخ شد. مثلا از مجلهٔ احکام‌عدلیه مسائل مربوط به‌شفعه و «دیوارها وهمسایگان» ودیگر حقوق عینی لغو گردید . وازآن پس برخی از مواد این‌قانون تعدیل‌یافت،

۱ـ فرمان‌های شماره ۱۸۶ـ۱۸۹ صادرهٔ ۱۵ آذار ۱۹۲۶ وتعدیلات آنها.

۲ـ این قانون در سوریه اجرا میشد وبا قانون مدنی سوریه به‌سال ۱۹۴۹ لغوشد .

خصوصاً باقانون مصوبهٔ پنجم شباط ۱۹۴۸[1] که مربوط به شفعه بود.

در سال ۱۹۲۵ دولت، قاضی فرانسوی آقای روپرس[2] رامأمور نوشتن وتهیهٔ قانون موجبات و عقود کرد، سپس نتیجهٔ کارهای او را بهاستاد لویس ژوسران رئیس دانشکدهٔ حقوق در دانشگاه لیون و مستشار سابق دیوانعالی کشور فرانسه و صاحب تألیفات و نظریات مشهور در قانونگذاری فرانسه[3] عرضه کرد. ژوسران آنرا با تغییرات اساسی مجدداً نگاشت و بصورت طرحی تازه در آورد و این طرح بهانجمن مشورتی قانونگذاری لبنان برده شد وبوسیلهٔ انجمن مزبور تنقیحات لازمی بروفق قوانین عمومی وعرف محلی درآن بکاررفت، برخی ازمواد حذف وبرخی تعدیل گردید[4]، وسپس بهمجلس قانونگذاری لبنان تقدیم شد و مجلس آنرا تصویب کرد ومقرر داشت که پس از گذشتن سی ماه از تاریخ نشر آن در روزنامهٔ رسمی بموقع اجراء گذاشته شود و در واقع این قانون بتاریخ ۱۱ نیسان ۱۹۳۲ نشر و تاریخ ۱۱ تشرین اول ۱۹۳۴ اعمال گردید.

قانون فوق مرکب از ۱۱۰۷ ماده وبدوبخش منقسم است: در بخش نخست از موجبات والزامات بصورت عمومی یعنی از انواع ومصادر ونتائج انتقال و اسقاط

---

۱ــ طرح این قانون بوسیلهٔ انجمنی متشکل از مؤلف اینکتاب و استاد زهدی یکن وخلیل جریج آماده شد، وهریك از دو نفر اخیر الذکر کتابی در احکام شفعه دارند.

۲ــ *Ropers.*

۳ــ مهمترین آنها: کتاب حقوق مدنی تحققی فرانسه درسهجلد، وکتاب نظریهٔ سوء استفاده از حق، میباشد.

*Cours de droit civil positif francais; de l'esprit des droits et de leur relativité' théorie dite de l'abus des droits.*

۴ــ به گزارش مورخ ۳۱ کانون اول سال ۱۹۳۰ نایبرئیس انجمن مشورتی قانونگذاری مراجعه شود.

آنها وسایر امور کلی بحث میشود . وبخش دوم از عقود خاصه مانند بیع ومعاوضه و هبه واجاره و ودیعه وقرض وعاریه و وکالت وشرکت‌ها از جمله شرکت در ملك و عقدهای غرری (ضمان، گروبندی ، قماربازی ، مراهنه ودرآمدهای دائمی تا پایان زندگی) وصلح و کفالت سخن میگوید .

الحاقیه‌ای نیز راجع به‌رهن اموال منقول وحقوق به‌قانون موجبات و عقود بموجب فرمان شماره ٤٦ ل در بیستم تشرین اول ۱۹۳۲ افزوده شد .

وهمچنین برخی از مواد قانون مذکور بوسیله قوانین‌بعدی تعدیل یافت که مهمترین آنها عبارت بودند از : تصویبنامه قانونی شماره ٥١ ل صادرهٔ ٥ تشرین‌دوم ۱۹۳۲ درمورد تعدیل‌مادهٔ ۱۳۱ مربوط به‌محافظت ازاموال‌توقیف شده یااموال جامد و قانون ۲۷ ایار سال ۱۹۳۷ در مورد تعدیل دو مادهٔ ٦٥۲ و ٦٥٦ در مورد عزل و اخراج اجیر و خدمتکار از خدمت وپرداختن چیزی به‌او ، و در ماده ۱۱۰٦ قانون الزامات و عقود عمل به‌کلیهٔ احکام مجله و دیگر نصوص قانونی که بامواد قانون الزامات وعقود مخالفت داشت ، لغو گردید.

بدین‌ترتیب ازمندرجات مجلهٔ احکام‌عدلیه ، باتوجه به‌الغائات سابق، جزاندك نصوصی‌مورد عمل قرار نمیگرفت که اهم‌آنها عبارت بودند از : احکام حجربرصغیر ودیوانه وخل وسفیه در مادهٔ ۹٤۱ ومواد پس از آن ، بارعایت تعدیلهائی که با مواد ۲۱٥ و ۲۱۸ ، درقانون موجبات معمول گردیده بود . همچنین‌احکام کسب و زرع و آبیاری‌ودرختکاری[۱] ودر احکام تصرفات مریض در مرض‌موت خصوصاً درمورد آنچه نزد مسلمانان در حکم وصیت است و نیز احکامی مربوط به‌شکار و اراضی موات و اراضی مباح وغیره .

---

۱ــ در مواد ۱٤۳۱ ــ ۱٤٤۸ ازمجله . همچنین مراجعه‌کنید به‌ماده ٦۲۳ از قانون موجبات وآئین نامه آبیاری در فرمان شماره ۱۲ ل. ر ، صادرهٔ ۱٦ کانون دوم سال ۱۹۳٤.

پس با اجرای قانون الزامات وعقود، آئین دادرسی مدنی لبنان باتصو بنامهٔ قانونی شماره ۷۲ ل مورخ اول شباط ۱۹۳۳ وضع و به مرحلهٔ اجراء درآمد پیش نویس این قانون را مسیو پارو [۱] استاد دانشکدهٔ لیون نوشته و انجمن قانونگذاری لبنان آنرا تنقیح کرده بود.

با وضع آئین دادرسی مدنی کلیهٔ قوانین معارض وناسازگار با آن مانندقانون امنای صلح و آئین دادرسی حقوقی عثمـانی وذیل آن وقانون اجراء [۲] آثار خودراز دست دادند. البته در قانون جدید نیز تعدیلها واصلاحات فراوانی بعمل آمد که مهمترین آنها در ترتیب دادرسی و اصول صلاحیت دادگاهها وبازداشت بدهکاران بود.

دولت لبنان تدوین قانون بازرگانی را هم بهدوتن از استادان حقوق بازرگانی دانشکدهٔ لیون، کوهندی و گونو محول کرد، وآنان طرحی تهیه کردند که بوسیلهٔ انجمن قانونگذاری مشورتی لبنان [۳] تعدیل و بتوسط آقـای فابیـا استاد دانشکدهٔ حقوق فرانسه دربیروت تنقیح گردید وبعد در روزنامهٔ رسمی مورخ ۷ نیسان ۱۹۴۳ [۴] انتشار یافت وشش ماه پس ازنشر مورد عمل قرار گرفت. دراین قانون برای نخستین بار بهبرخی از امور بازرگانی، از قبیل شرکتهای سهامی ودفاتر بازرگانی وامور ورشکستگی توجه شدهاست. همچنین برحسب ماده ۱۱ این قانون زن شوهردار بدون اجازهٔ صریح یاضمنی شوهر صلاحیت پرداختن واشتغال بامور بازرگانی را ندارد واین امرخلاف قوانین عمومی مورد عمل این کشور است. در تاریخ ۲۰ ایلول ۱۹۴٤ و ۲۳ تشرین دوم

---

۱ــ *Perroud.*

۲ــ مگر در معاملات تنفیذی املاك، که قانون دفتر املاك شامل آنها نیست (مادهٔ ۸۵۶ از قانون تازه).

۳ــ که بنا بتصویبنامهٔ شماره ۶۰۱۹ مورخ ۱۸ کانون اول سال ۱۹۲۹ تشکیل یافت.

٤ــ بهمقتضای تصویبنامهٔ قانونی شماره ۳۰٤ مورخ ۲٤ کانون اول ۱۹۴۲.

۱۹٤۸ برخی از مواد قانون بازرگانی مزبور خصوصاً در مورد شرکت‌های سهامی تعدیل یافت.

زمانیکه دولت لبنان تصمیم بوضع قوانین جدید کیفری گرفت، این کار را به‌انجمنی مرکب از بزرگان قضات دادگاههای استان[1] واگذار کرد وانجمن دست بکار شد وپس‌ازآماده شدن طرح مزبوروترجمهٔ آن، دولت، بایك‌تصویبنامهٔ قانونی[2] موافقت‌خودرا باآن‌اعلام کرد ودر روزنامهٔ رسمی بتاریخ۲۷ تشرین‌اول ۱۹٤۳ منتشر شدومقرر گردید که‌ازآغاز تشرین‌اول ۱۹٤٤ بمرحلهٔ عمل درآید.

تصویب این قانون پختگی قانونگذاران وقضات وشایستگی ملت لبنان رادر کلیهٔ شئون همگانی برای‌احراز استقلال ثابت میکرد وبطوریکه‌خواهیم دیدقوانین کیفری سوریه از همین قانون اقتباس گردید. ولی این قانون بخلاف سایر قوانین پیشین لبنان، برای‌بررسی به‌هیأت قانون گذاری عرضه‌نشد لذا دربعضی‌ازموضوعات ونیزدربکاربردن اصطلاحات لغوی نقیصه‌های جزئی‌درآن مشهود است.

از مهمترین قوانین جدید لبنان قانون دادرسی ارتش[3] مصوب ۱۲ کانون دوم ۱۹٤٦ وقانون‌کار مصوب ۲۳ ایلول ۱۹٤٦ وقانون بازرگانی دریائی۱۸ شباط ۱۹٤۷ وقانون اصول محاکمات جزائی ۱۸ ایلول ۱۹٤۸ وقانون جنگل‌ها مصوب ۷ کانون

---

۱ــ افراد این انجمن عبارت بودند از: فؤاد عمون و وفیق قصار و فیلیپ بولس که بموجب‌دستورشماره۹۲۱مورخ۲۲شباط۱۹۳۹، نخست‌وزیر و وزیردادگستری‌بدینکارپرداختند.

۲ــ بشماره ۳٤۰، اول آذار ۱۹٤۳.

۳ــ معادل این عبارت در متن عربی «قانون العقوبات‌العسکری» آمده است که ترجمهٔ غلطی است از عبارت: *Code de justice militaire*، چه این قانون فقط مشتمل بر کیفرهای ارتشی نیست بلکه چگونگی‌ترتیب دادگاههای نظامی وآئین دادرسی‌آنهارا نیز بیان مینماید. پس صحیحتر اینست که گفته شود: «قانون القضاء العسکری».

دوم ۱۹٤۹ و قانون هواپیمائی ۱۱ کانون دوم ۱۹٤۹ و قانون ارتشی ۲ تشرین اول ۱۹۵۰ وغیره میباشد.

رویهمرفته قوانین جدید کشور لبنان ازمترقی‌ترین قوانین و رویه‌های قضائی اروپائی گرفته شده وحاوی تازه‌ترین آراء ونظریات حقوقی رایج در فرانسه وآلمان وسویس است .

در خاتمه لازم است بقانون تشکیل دادگاههای جدید شرعی بـا تصویبنامهٔ قانونی شماره ۲٤۱ مورخ ٤ تشرین دوم ۱۹٤۲ وتعدیل آن قانون بمورخ ٤ کانون ۱۹٤٦ اشاره کرد که بموجب آن ، دادگاههای شرعی سنی و مذهب جعفری بوجود آمد تا باحوال شخصیهٔ افراد این دو مذهب رسیدگی کند ونسبت باحکام صادره از این دادگاهها رسیدگی فرجامی ملغی شد و بجای آن دادگاه عالی شرع مرکب از هیأتی از قضات شرعی تشکیل یافت و دادستانی این دادگاه به عهدهٔ یکی از قضات دادگستری محول‌شد. و مقرر گردید که در دادگاههای‌سنی برحسب «قانون‌خانوادهٔ عثمانی» و نظریات برگزیدهٔ حنفی عمل شود و در دادگاههای جعفری مطابق این مذهب وموادی از قانون خانوادهٔ عثمانی که با این‌مذهب سازگاری دارد رفتارشود.

علاوه براینها ، دولت‌لبنان پس‌از تحصیل استقلال سیاسی توانست قوانین‌تازهٔ زیادی وضع کند و قوانین سابق‌را بروفق‌مقتضیات ملی و وضع جدید ناشی‌ازاستقلال خود تعدیل نماید .

### سوریه

کشور سوریه ازنظر تاریخ وسرنوشت همانند همسایهٔ‌خود لبنان است . پیش ازجنگ اول‌جهانی ،جزئی از امپراطوری عثمانی را تشکیل میداد ، وپس از پایان جنگ از عثمانی جدا شد و تحت‌الحمایهٔ فرانسه قرار گرفت . از این تاریخ ستیزها

باب اول

# علم فقه و تقسیمات آن

وپیکارهای میهن دوستان‌سوری‌وفرانسویان آغاز شد که‌در نتیجه‌درسال ۱۹۳۰فرانسویان قانون اساسی برای سوریه وضع کردند ولـی این قانون را بـارها و پی‌درپی معلق گذاردند . بموجب این قانون سوریه دارای رژیم جمهوری پارلمانی شد .

درخلال جنگ دوم‌جهانی بسال ۱۹٤۱ قوای انگلیس وفرانسه ، بطور آزاد وارد سرزمین سوریه شدند و ژنرال کاترو پایان اقتدار فرانسه‌را در همان‌سال‌اعلان کرد ودر سال ۱۹٤۳ قانون اساسی مجدداً مورد عمل قرار گرفت و پارلمان سوریه مادهٔ ۱۱٦ آن قانون را که راجع باقتدار فرانسوی‌ها بود ، باتوجه به‌تمایلات مردم سوریـه ، لغو و دو نـاحیهٔ علوبین و کوهستان دروز را جزئـی از سرزمین سوریه اعلام کرد . از اینرو مناسبات سوریه وفرانسه تیره شد تـا اینکه در ۱۷ نیسان سال ۱۹٤٦ تمام قوای بیگانه از کشور سوریه بیرون رفتند و کلیهٔ دادگـاههای مختلط برچیده شد .

در سال ۱۹٤۹ بر اثر حوادثی که در فلسطین بوجود آمد ، ارتش سوریه دو مرتبه پی‌درپی برهبری حسنی زعیم و سامی حناوی کودتا کرد و در همان سال بـاز برای مرتبه سوم بدست آقای ادیب شیشکلی کودتا شد وحکومت قانونی مجدداً در سوریه برقرار ومجلس مؤسسانی تشکیل گردید و قانون جدیدی تدوین یافت . این قانون در ۱۵ایلول ۱۹۵۰ موردتصویب قرار گرفت . این قانون، جمهوری‌پارلمانی را با در نظر گرفتن آزادیها و حقوق اساسی و مبادی دموکراسی برای سوریه اعلام کرد . بموجب این قـانون رئیس دولت باید مسلمان باشد و مبانی شریعت اسلامی نخستین منبع قانونگذاری سوریه معرفی شد .

در حال حاضر جمهوری سوریه سه میلیون ونیم جمعیت دارد واکثر این‌مردم مسلمانند ودر فتاوی و دادرسی احوال شخصیه از مذهب حنفی تبعیت میکنند .

از جهت قانونگذاری مدنـی ، سوریه نیز مانند لبنان از قوانین عثمانی و

مجلهٔ احکام عدلیه پیروی میکرد ولی برخلاف لبنان در دوران تسلط فرانسویان نیز از همان قوانین تبعیت کرد جزاینکه رژیم مذکورقانون مالکیت را (بموجب فرمان ۳۳۳۹) بتاریخ ۱۲ تشرین دوم ۱۹۳۰ صادر کرد و در هر دو کشور سوریه و لبنان بمرحلهٔ اجرا درآورد .

وضع قانون گذاری در سوریه تکان نخورد مگر پس از حصول استقلال . نخست بتاریخ ۱۰ حزیران سال ۱۹٤۷ قانون بینات در امور مدنی و بازرگانی به تصویب رسید واین قانون که مطابق مقتضیات روز تنظیم شده بود ، بر سه پایه استوار بود: اطمینان بهدادرس وجلوگیری از اطالهٔ دادرسی واستناد واحترام بهعرف واعمال جاریه . این قانون بموجب تصویبنامهٔ قانونی شماره ۸۸ مورخ ۲۱ تشرین دوم سال ۱۹٤۹[1] در دادگاههای شرعی نیز بکار رفت بجز در موارد قبول بینهٔ شخصی و قرینهٔ قضائی ونیز در حد نصاب شهادت .

در حقیقت پیدایش انقلاب سیاسی در دوران حسنی زعیم بسال ۱۹٤۹ همراه باانقلاب قانون گذاری بود، ودر نتیجه انجمنی بهریاست وزیر دادگستری وقت استاد اسعد کورانی تشکیل یافت و سه قانون بزرگ تدوین شد : قانون مدنی و قانون بازرگانی و قانون کیفر همگانی . واین سه قانون با اندك کم و کاستی ، بشرح زیر از قوانین مصر ولبنان وعراق اقتباس شد .

قانون مدنی سوریه مشتمل بر ۱۱۳۰ ماده با تصویبنامهٔ قانونی شماره ۸٤ ، بتاریخ ۱۸ایار سال ۱۹٤۹ صدور یافت، ومقرر گردید که از ۱۵ حزیران سال۱۹٤۹ بموقع عمل درآید . اغلب مواد این قانون از قانون مدنی مصر و برخی مواد آن، مانند مسألهٔ حوالهٔ حق در باب چهارم از بخش اول ، از قانون موجبات و عقود

---

۱ــ در مجلهٔ قضائی آقای یوسف صادر ، بیروت ، بسال ۱۹۵۰ ، ص ۵۷ ، منتشر شد .

لبنان گرفته شد. در تدوین این قانون از قانون مالکیت (فرمان شماره ۳۳۳۹) نیز استفاده‌شده‌است ، البته با از بین‌بردن‌حق شفعه باعتبار اینکه شفعه حقی ضعیف‌است[1]

سپس در تاریخ ۲۲ حزیران ۱۹۴۹ قانون کیفری و قانون بازرگانی با تصویبنامه‌های قانونی شماره ۱۴۸ و ۱۴۹ تصویب‌شد ومقرر گردید که از آغاز ایلول همان سال بکار رود . قانون تجارت مرکب است از ۷۷۴ ماده ودرتدوین این‌قانون در مورد اسناد بازرگانی از طرح قانونی مصوبهٔ جامعهٔ دول عربی و در سایر موارد از قانون بازرگانی لبنان و عراق و مصر استفاده شده است . این قانون برخلاف قانون لبنان تشکیل شرکت‌های با مسئولیت محدود را مجاز اعلام کرده است.

اماقانون مجازات عمومی سوریه از ۷۵۶ ماده‌ترکیب یافته ودر اسکلت‌بندی اصول واساس آن از قوانین کیفری لبنان استمداد شده است[2].

---

۱ـ رجوع‌کنید به‌یادداشتهای توضیحی این قانون.

۲ـ به‌یادداشتهای توضیحی این قانون ورأی شماره ۲۲۹ صادرهٔ ۱۲ نیسان ۱۹۵۱ ، هیأت عمومی دیوانعالی‌کشور سوریه و مندرجات مجلهٔ قضائیه‌سال ۱۹۵۱ ، ص ۳۷۲ مراجعه شود.

# فصل دهم

## نظری بتاریخ قوانین اروپائی

### قانون روم

چون قوانین تازهٔ مشرق زمین مأخوذ از قوانین اروپائی است ، بی‌فایده نیست که برخی از این قوانین را مورد بررسی‌اجمالی قرار دهیم؛ و نخست به‌بررسی قانون‌باستانی روم میپردازیم .

چنانچه اوراق تاریخ را بسمت زمانهای پیشین بر گردانیم می‌بینیم هشت قرن‌قبل‌از ولادت مسیح دولت روم «مدینهٔ خالده ــ شهرجاویدان» پایتخت آن‌تأسیس گردید وپس ازچهارده قرن کشور گشائی وبسط سیاست وفرهنگ بامرگ‌ژوستینین در قرن ششم پس‌از میلاد مسیح منقرض گردید وآثار بزرگی در تاریخ تمدن‌اروپا از خود بیادگار گذاشت .

در اوائل تشکیل دولت روم ، قوانین‌آن برعرف و عادت مبتنی بود ، اما اندیشهٔ تدوین قانون از دیر زمانی نزد آنان وجود داشت و الواح دوازده گانه[1] که ضابطهٔ‌اصول‌ثابت‌قوانین‌ملی‌روم بود ، درنیمهٔ قرن‌پنجم پیش‌ازمیلاد مسیح‌جمع‌آوری

---

۱ــ *Duodecim Tabulae.*

گردید . این قوانین بر کتیبه‌های مسین کنده شده بود .

پس از آن تاریخ مصادر قانونی روم رو به‌افزایش گذاشت و منابع حقوق بر دو قسمت مباشر وغیر مباشر منقسم بود : قسمت نخست کـه از مراکز قدرت صادر میشد وباختلاف عصر وزمان بصورت‌های مختلف از قبیل : قوانین پادشاهی ، قوانین مجلس شیوخ،قوانین مجلس‌اقوام و دودمان‌های‌متعدد و«فرامین» یااوامر امپراطور[۱] باقی مانده است . اما قسمت غیر مباشر عبارت از حاصل اجتهادات دادرسان وآراء وفرمانهای آنان ونیز حقوقدانان ارجمند[۲] امثال پاپنیانوس ، اولپیانوس سوریین ، گایوس ، پولس، مودستینوس ودیگران[۳] بود .

مهمترین اثریکه در این خصوص از روم قدیم بجای مانده است ، عبارت از مجموعه‌ای[۴] است حاوی کلیهٔ قوانین و آراء واجتهادات علمای روم که در اوائل‌قرن ششم بامر امپراطور ژوستینین گردآوری شد وبنام «مجموعهٔ حقوق مدنی» [۵] شناخته میشود . پس از اضمحلال امپراطوری روم برخی از قوانین این دولت باقـانون‌هـا و عادات قبیله‌ای مردم جنگ‌آوری که بر اروپا دست یافتند ، در آمیخت . بعد ها این قوانین به‌کار بسته نشد وتا پایان قرون وسطی وعصر نهضت علمی توجهی بدانها نگردید .

---

۱ـ *Leges regiae, Senatusconsulta, Leges, Plebiscita, constitutiones.*

۲ـ *Edicta magistratuum et Responsa prudentium.*

۳ـ *Papinianus, Ulpianus, Gaius, Paulus, et Modestinus.*

۴ـ *Codex, Digesta ( Pandectae ), Institutes , Quinquaginta decisiones, Codex repertitae praelectionis, Novellae Constitutiones.*

۵ـ *Corpus juris civilis* . در تمام آن ، مراجعه شود به‌کتاب، قانون روم، تألیف ژرار (پاریس ۱۹۲۴ ، ص۱ ـ ۹۶ ) ، وکتاب *Antiquité romaine et moyen âge* ، تألیف *Seignobos* ، (پاریس ، ۱۹۱۹) .

در حقیقت قسمت عمدهٔ قوانین جدید اروپائی بطور کلی از قوانین روم گرفته شده است . البته هرملتی بمناسبت تحولات و موقعیت‌های مخصوص زمان و مکان ، تغییراتی درآنهاداده است . ومهمترین میراث حقوقی رومیان قدیم ، قواعد عمومی در عقود والزامات است که آثار آن امروزه در اغلب قوانین اروپا بارزمیباشد .

نکتهٔقابل‌توجه‌اینست که‌قوانین‌روم‌ازالواح دوازده گانه گرفته تامجموعه‌های قوانین فعلی اروپا ، همه صادر وناشی از دولت بوده‌است وهیچگونه ارتباطی با دین ندارد ، بخلاف آنچه در شریعت اسلام دیده میشود [1] .

### قانون ناپلئون

کشور فرانسه دراواخر قرون وسطی درحال هرج ومرج وخودسری ــ که‌در دیگر کشورهای اروپانیزرواج داشت ــ بسرمیبرد . وایالات‌مختلف فرانسه‌همچنانکه در عادات وتقالید ونظم امور بــا یکدیگر اختلاف داشتند ، از جهت قانون گذاری نیز یکسان نبودند بلکه بدو قسم بزرگ تقسیم میشدند : یکی فرانسهٔ شمالی که به شهرهای شریعت عرفی [2] معروف بود ودیگری فرانسهٔ جنوبی کــه شهرهای شریعت مدونه [3] نامیده میشد ، زیرا در جنوب متأثر از قوانین روم بودند .

چون دولت مرکزی فرانسه توانائی یافت ویگانگی داخلی‌در کشور صورت گرفت ، به‌توحید قوانین وعادات گوناگون احساس نیاز گردید ، وناپلئون‌بناپارت برانجام این تکلیف شاق ، کمربست وبدین منظور ، انجمنی زیر نظر مستقیم خود تشکیل داد . انجمن مزبور قانون مدنی فرانسه یا قانون مشهور ناپلئون را تدوین

---

۱ــ در فصل مربوط بعلاقهٔ شرع اسلامی باقانون روم ملاحظه خواهد شد .

۲ــ *Pays de droit coutumier.*

۳ــ *Pays de droit écrit.*

کرد که در سال ۱۸۰٤ منتشر گردید . این نخستین تدوین رسمی قانون در اروپای جدید وسر آغاز دورانی تازه در این زمینه محسوب میشود[۱].

قانون ناپلئون تاهم اکنون درفرانسه اجراء میشود منتهی بملاحظهٔ تطورات اجتماعی و نیازمندیهای روزگار جدید تعدیلات زیادی در آن راه یافته است . این قانون شامل ۲۲۸۱ ماده و مشتمل بر یك مقدمه در تطبیق قوانین و نشر آنها و سه کتابست : کتاب اول مربوط باشخاص ، و کتاب دوم راجع بهاموال و حقوق عینی ، و در کتاب‌سوم از اسباب تملك و ارث وهبه و وصیت و عقود و موجبات بطور اجمال وعقود خاصه و امتیازها وانواع رهن و تأمین ومرور زمان بحث‌میکنند .

پس از وضع قانون مزبور ، آئین دادرسی مدنی و قانون بازرگانی بسال ۱۸۰۷ و آئین دادرسی کیفری بسال ۱۸۰۸ و قانون کیفری بسال ۱۸۱۰ تنظیم یافت .

باید دانست که کلیهٔ قوانین مذکور وهمچنین دیگر قوانین‌چندین بارجرح و تعدیل شده‌است ، خصوصاً در قرن حاضر ودراثنای‌جنگ دوم‌جهانی. اغلب‌دولتهای اروپائی از قوانین فرانسه و مخصوصاً از قانون مدنی آن دولت پیروی کرده‌اند . مثلا بلژیك تقریباً عین‌آنرا بطور کامل اقتباس کرده است و برخی از ممالك مانند آلمان وسویس بمقتضای موقعیت و وضع خود تصرفاتی درآن کرده‌اند.

### سویس وآلمان

قسمت عمدهٔ قوانین سویس و آلمان از قانون ناپلئون گرفته شده است . واز

---

۱ــ مراجعه شود بتاریخ قانونگذاری فرانسه درکتاب‌پلانیول ــ که سابقاً مذکورافتاد ــ (ج ۱ ، شماره ۳۴ــ۱۴۳) ، وکتاب *Cours élémentaire d'histoire du droit francais* تألیف اسمان *Esmein* (پاریس ، ۱۹۲۱) .

جهت شیوه وسلیقه، خصوصیات ورنگ میهنی وملی بر آن زده شده است . استادان و صاحب نظران در تدوین قوانین مزبور سهم بزرگی داشتند و آنرا به اسلوب علمی نظری در آوردند ، از اینرو این دو قانون بر دیگر قوانین اروپائی امتیاز دارد و امروزه از مترقی‌ترین قوانین جهان شمرده میشود.

قانون الزامات اتحاد فدرال سویس[1] در سال ۱۸۸۱ وضع شد واز آغاز سال ۱۸۸۳ بموقع اجراء درآمد . سپس آقای اوجین هوبر یکی‌از استادان دانشگاه‌برن مأمور تهیهٔ قانون مدنی سویس شد ، وپس از اتمام ، مجالس اتحادیهٔ سویس در سال ۱۹۰۷ آنرا مورد تصویب قرار داد واز ابتداء سال ۱۹۱۲ اجراء گردید واین‌قانون ازنظرعلمی‌وعملی ازبهترین‌قوانین جدیداست . وبه‌سال ۱۹۲۶ دردوران کمال پاشا، ترکیه دوقانون مزبور را عیناً پذیرفت ومورد عمل قرارداد .

اما قانون مدنی امپراطوری آلمان[2] درسال ۱۸۹۶ وضع شد واز ابتداء سال ۱۹۰۰ بمرحلهٔ اجرا در آمد . این قانون حاوی ۲۳۸۵ ماده در پنج کتاب است و از حقوق عمومی والزامات وحقوق عینی‌وحقوق خانواده و ارث بحث مینمـاید .

پس از برسرکارآمدن حزب نازی[3] درآلمان به‌سال ۱۹۳۵ مجمعی را برای بحث در مبانی حقوق تشکیل داد که هدف آن پیشنهاد تعدیلهای قانونی لازم بود تا بتوان قانون آلمان را در اصول وفروع بامرامنامهٔ حزب مزبور[4] همگام کرد. ولی

۱ـ *Code fédéral des obligations*.

۲ـ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

۳ـ *Nazionalsozialist* یا بطور اختصار نازی یا ناتسی *Nazi* .

٤ـ ازکارهای این مجمع *Die lehre von denLeistungsstorungen* (چاپ‌توبنگن، ۱۹۳۶) . همچنین رجوع شود بکتـاب مـانکویز *Mankiewicz* زیـر عنوان : *LeNational socialisme allemand* (پاریس ۱۹۳۸) ومقالهٔ‌کامبل *A.H. Campbell* درمجلهٔ فصلی حقوقی*

پس از جنگ دوم جهانی با شکست آلمان نازی این طرز فکر از آن دیار رخت بربست. *

**انگلستان و آمریکا**

انگلستان و ایالات متحده آمریکا در قرن نوزدهم از تدوین قوانین جدید خودداری کردند واز این جنبش جهانی پیروی ننمودند ومبانی حقوقی خودرا بر اساس عادت وسابقه‌های معروف به «عرف‌عام»[۱] حفظ کردند.

بهمین سبب برخی ازحقوقدانان بیگانه گمان برده‌اند که دراین روش‌نوعی جهالت وعدم ثبات وجود دارد و دادرسان انگلستان و آمریکا میتوانند دادنامه‌ها را بدلخواه خود صادر کنند. واما این گمان قرین به‌حقیقت نیست، چه‌دراین کشورها گرچه قانون مدون ورسمی وشامل کمتر یافت میشود ولی دادرسان بایدپیوسته‌از آراء پیشین خود و یا از آنچه اصطلاحاً «پیشینه‌ها»[۲] نامیده میشود پیروی کنند. در این کشورها دادگاههای بدوی مکلف به پیروی از اجتهاد دادگاههای عالی هستند و دادگاههای عالی نمیتوانند از تصمیم‌های سابق خود سرباز زنند زیرا پیشینه‌های مزبور پایهٔ ثابتی را برای احکام قضائی تشکیل میدهند و تغییر آنها به‌آسانی ممکن نیست و از اینرو اجتهاد دارای وضع یکسان و روشنی است.

این موضوع‌را بلاکستون[۳] و جز او از نویسندگان قرن هیجدهم انگلستان

---

*(Law Quarterly Review)* سال ۱۹۴۶، ص ۱۴۵.

۱- *Common Law.*

۲- *Precedents.*

۳- *Bltackstone*. رجوع‌شود بکتاب *Law in the Making*، تألیف‌آلن، آکسفورد، ۱۹۳۰، ص ۱۴۷ و بعدآن.

برشتهٔ تحریر درآوردندوسپس در قرن نوزدهم بر اثر احکام صادره از مجلس اعیان که مرجع عالی دادرسی در انگلیس[۱] محسوب میشود بصورت قاعدهٔثابت و لازم‌الاتباع درآمد .

در حقیقت قانون عرفی انگلستان همان اجتهادات دادگاهها است که درآنها عرف با پیشینه‌هـا در آمیخته ومجموعه‌ای از اجتهادات قضائی بوجود آورده است. بدین‌ترتیب عرف عام پایه‌واساس قانون‌گذاری قضائی[۲] گردید .

بـا وجود این در انگلستان از بدو تاریخ قـانون‌گذاری برخی از قوانین مخصوص بصورت پراکنده و متناقض[۳] از طرف دولت وضع گردید و قسمتی از آنها در قرن هیجدهم خصوصاً از سال ۱۸٦۱ به بعد گردآوری شد[۴].

همچنین در انگلستان برخی از قوانین کیفری و بازرگانی تدوین گردید ، مانند قانون اسناد بازرگانی سال ۱۸۸۲ وقانون شرکت‌ها بسال ۱۸۹۰ وقانون بیع سال ۱۸۹۳ وقانون ضمان دریائی سال ۱۹۰٦ و قانون‌های مربوط به‌سرقت‌خصوصاً قانون سال ۱۹۱٦ و نیز قوانین دیگری در کشورهای زیر سلطهٔ انگلستان وضع و تدوین گردید مانند قوانین هند که قبلا به‌آن اشارتی‌رفت .

---

۱ـ خصوصاً در رأی صادره بسال۱۸٦۱ راجع بموضوع بیمش ضد بیمش.*Beamish v. Beamish (1861) 9 H.L,C.274* . رجوع شودبه‌کتاب بولوك*A First book of jurisprudence* لندن ، ۱۹۱۸ ، ص ۳۳٤ وبعدآن .

۲ـ *Case-Law.*

۳ـ *Statutes.*

۴ـ *Statute Law Revision Acts.*

بطوریکه درپیشنهاد وستبوری[1] درسال ۱۸۷۰ ملاحظه میگردد عده‌ای ازرجال انگلیسی میخواستند انگلستان را دارای «قانون نوشته» ای کنند ولی کوشش آنان بیهوده ماند وبحث در اطراف فایدهٔ تدوین قانون از جهت نظری وجدالهائی که در این مورد[2] روی داد مایهٔ درازای کلام خواهد شد و از اینرو بهمین مختصر که اشاره کردیم، اکتفا میکنیم.

یکی از علل پیروی از عرف عام و پیشینه همان روح محافظه‌کاری و احترام به‌روش‌های گذشتگان است که انگلستان بدان شهرت دارد، همچنین کثرت و تنوع ملیت ها و نژادهٔی که امپراطوری انگلستان را تشکیل میدهند و هر کدام دارای شرایع وعادات بخصوصی میباشند، علت دیگری بشمار میرود. مثلا قوانین‌اسکاتلند بخلاف انگلستان از حقوق روم متأثر است و مستعمرات آفریقای جنوبی از قانون رومانی هلندی و ایالت کبك در کانادا و جزیرهٔ موریس از قانون ناپلئون پیروی می کند. همچنانکه مسلمانان هند انگلیس قبل ازتقسیم اخیر در احوال شخصیه‌از حقوق اسلامی پیروی میکردند.

همچنین است وضع در آمریکا که قانون واحدی نداردو هر یك از ایالات قانون گذاری مخصوص بخود دارد و رویهمرفته عرف‌عام انگلیسی برایالات متحدهٔ آمریکا نفوذ دارد گرچـه برخی از آنهـا چون ایالت لویزیانا قسمت عمدهٔ قوانین خود را از فرانسه اقتباس کرده است. و بـرخی دیگر نیز مجموعه‌های مختلفی از عرف‌عام[3] دارند.

---

۱ــ *Westbury's Digest.*

۲ــ مراجعه‌کنید به‌کتاب اوستن مذکور (ص ۳۳۱ وبعد) وکتاب سالموند (ص ۱۷۶ و بعد).

۳ــ *Consolidations.*

اجمالا اینکه دو کشور انگلیس و آمریکا بخلاف باقی کشورهای اروپائی ازحقوق‌روم چندان متأثر نشده‌اند ، تنها از راه قوانین کلیسائی‌قرون‌وسطی و نیزاز تألیفات نویسندگانی چون براکتون و لتلتون[1] مقداری از قوانین روم بدان‌ها راه یافته است .

۱ـ *Bracton, Littleton.*

باب سوم

# منابع حقوق اسلامی

# فصل اول

## ادلهٔ شرعی

دراینکه قرآن کریم نخستین منبع‌قانون گذاری‌اسلام‌است هیچگونه‌اختلافی میان مذاهب گوناگون اسلام ، سنی و شیعه ، وجود ندارد واگر خلافی دیده شود مربوط به‌تفسیر برخی ازآیات قرآن است .

حدیث یا سنت نبوی منبع دیگر حقوق‌اسلام است که قرآن را تفسیرمیکند و متمم ومکمل آن است ولی در مورد راههای تحقیق درسنت وچگونگی پذیرفتن آن میان مذاهب اسلام وحدت نظر وجود ندارد .

از دو منبع اصلی مذکور ، دو منبع دیگر بنام اجماع و قیاس متفرع شده است و دو منبع اخیر را جمهور فقهاء پذیرفته‌اند ، گرچه برخی از دانشمندان آندو را مردود شمرده و دستهٔ دیگری در پذیرفتن اجماع وقیاس احتیاط نشان داده‌اند .

علاوه برمنابع‌مزبور که به«ادلهٔ چهارگانه» معروف‌شده است ، ادلهٔ دیگری از قبیل استحسان ومصالح مرسله نیز وجود دارد که اولی مخصوص حنفی‌ها و دومی ازآن مالکی‌ها است وهریك درجای خود مشروحاً بیان خواهد شد .

فقهاء و دانشمندان اسلامی از این مصادر و ادله در علمی بنام « اصول» سخن

رانده‌اند، چه اصول علمی است که از ادلهٔ احکام شرعی و راههای استنباط احکام از ادله بحث میکند .

**علمای اصول**

علم‌اصول در اوائل دوران‌بنی‌عباس معمول گردیدو به‌تکامل پرداخت و نخستین کسی که اصول را به‌شیوهٔ علمی نوشت ، امام شافعی در رسالهٔ معروف خود بود کـه بیان آن گذشت .

شافعیانی که در این دانش شهرت یافتند عبارتند از : ابو حامد غزالی‌مؤلف کتاب المستصفی[۱] و ابوعبدالله محمدبن‌عمر فخرالدین رازی (متوفی بسال ۶۰۶ هـ) مؤلف کتاب المحصول فی‌الاصول و سیف‌الدین آمدی ( متوفی بسال ۶۳۱ هـ ) صاحب کتاب الاحکام فی‌اصول الاحکام وقاضی عبدالله عمر بیضاوی (متوفی بسال ۶۸۵ هـ ) مؤلف منهاج‌الوصول الی علم الاصول[۲] وجمال‌الدین اسنوی ( متوفی بسال ۷۷۲ هـ ) صاحب النهایة السول فی‌شرح منهاج الاصول و تاج الدین سبکی مؤلف کتاب‌جمع‌الجوامع و متمم کتاب الابهاج شرح المنهاج کـه پدرش تقی‌الدین[۳] به تألیف آن پرداخته بود .

از اصولیان حنفی مذهب ، بزدوی[۴] مصنف کتاب الاصول که آنرا نسفی در

---

۱ـ رك . به‌فصل چهارم از باب‌پیشین .

۲ـ این کتاب مختصر کتاب‌الحاصل ارموی وکتاب‌الحاصل نیز مختصر کتاب‌المحصول رازی است .

۳ـ رك . به فصل چهارم از باب پیشین . جلال‌الدین محلی جمع الجوامع را شرح کرده وبنانی حاشیه‌ای بر آن‌شرح نگاشته‌است .

۴ـ رك . به‌فصل دوم از باب پیشین .

المنار شرح کرده و شرح مزبور را ابن ملك در منار الانوار و ابن‌العینی در کتابی دیگرمجدداً شرح کرده‌اند ؛ ونیز صدرالشریعه عبیدالله بن‌مسعود (متوفی بسال ۷٤۷ه) مؤلف تنقیح الاصول[۱] و کمال الدین محمدبن همام ( متوفـی بسال ۸٦۱ ه ) صاحب کتاب التحریر[۲]، ومحب‌الله بن‌عبدالشکور بهاری (متوفی بسال ۱۱۱۹ ه) مصنف کتاب مسلم الثبوت در نوشتن کتابهای اصول شهرت یافتند . گرچه دو کتاب اخیر بهر دو طریقه و روش شافعی وحنفی نوشته شده است.

از علمای اصول مالکی جمال‌الدین عثمان بن حاجب (متوفی بسال ٦٤٦ه ) صاحب کتاب منتهی‌السؤل والامل ، مختصر کتاب‌الاحکام آمدی ، و ابواسحق‌ابراهیم شاطبی‌غرناطی (متوفی بسال ۷۹۰ه) صاحب کتاب‌الموافقات معروف و کتاب‌الاعتصام[۳] مشهورند واز دانشمندان حنبلی ابن‌تیمیه وابن‌قیم جوزیه واز پیروان مذهب ظاهری ابن حزم[۴] دراین علم بلندآوازه شدند .

### نسخ درکتاب و سنت

نسخ در علم اصول عبارت است از رفع‌حکم شرعی پیشین بدلیل شرعی‌پسین[۵] وعلت آن آسان گیری برمردم ورعایت تدریج در قانونگذاری وتغییر قوانین باتوجه به‌تطورات زمان میباشد وآن برچند نوع است : نسخ قرآن به‌قرآن ونسخ سنت به سنت ونسخ قرآن به‌سنت که قسم اخیر آن ، مورد نظر وبحث وخلاف میباشد .

---

۱ــ او مؤلف‌کتاب النقایة مختصر الوقایة است .

۲ــ از مؤلفات دیگر او فتح القدیر درشرح البدایةاست .

۳ــ برای شرح حال او به‌کتاب نیل‌الابتهاج بتطریز الدیباج از تنبکتی (در حاشیهٔ دیباج ابن فرحون) ، ص ۴۶ مراجعه شود .

۴ــ درباب‌گذشته از ابن تیمیه وابن قیم وابن حزم یاد شد .

وقوع نسخ در آیات قرآن بوسیلهٔ آیات دیگر نزد جمهور فقهاء ثابت شده است و مخالفی جز ابو مسلم بن بحرانه[۱] در میان نیست . قسمت اعظم موارد نسخ در قرآن درمعاملات تفصیلی ودرآیات مدنی‌است و نسبت به‌احکام کلی درآیات‌مکی، نسخ بسیار اندك است وسیوطی موارد وقوع نسخ را در بیست جای قرآن میداند[۱].

وهمچنین نسخ سنت بوسیلهٔ سنت در موارد زیادی دیده میشود و ازآن جمله در این حدیث است : «کنت نهیتکم عن‌زیارة القبور، الا فزوروها ، فانها ترق‌القلب وتدمع العین وتذکرالاخرة ، ولاتقولوا هجراً»[۲] .

«شما را از زیارت قبور نهی کرده بودم ، اینك به‌زیارت‌قبور بروید‌چه‌آن‌مایهٔ رقت قلب وریزش‌اشك‌است وآخرت‌را بیاد میآورد ولی سخن زشت برزبان‌نیاورید».

نسخ قرآن با سنت مورد اختلاف است . البته پیشوایان دین براین معتقدند که اگر سنت با نص قرآن سازگار باشد ویا در موردیکه برای‌آن نصی در قرآن وجود نداشته باشد ، عمل‌به‌سنت ضروری‌است . چه‌سنت مفسر معنی‌ومفصل مجملات آیات است . با وجود این جواز مخالفت با نص قرآن محل اختلاف است[۳] .

مالك ویاران‌ابوحنیفه‌وبرخی ازپیروان مذهب ظاهری[۴] نسخ‌قرآن رابوسیلهٔ سنت جائز میدانند بدلیل اینکه هر دو وحی الهی است واین‌امرعلاوه براینکه عقلاً روا است عملا نیز اتفاق‌افتاده است مثلا آیهٔ «کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترك خیراً الوصیةللوالدین والاقربین بالمعروف‌حقاً علی‌المتقین»[۵] ترغیب‌میکند

---

۱ـ الاتقان فی‌علوم القرآن ، ج ۲ ، ص ۲۲ـ۲۳ .

۲ـ بروایت سیوطی در جامع‌الصغیر (شماره ۶۴۳۱) از مستدرك‌الحاکم .

۳ـ رك ، الاحکام آمدی ( ج ۲ ، ص ۱۸۵ ) و التقریر و التحبیر ابن امیرالحاج و التحریر ابن همام (بولاق ، ج ۳ ص ۶۴) .

۴ـ الاحکام لاصول الاحکام ، ابن‌حزم ، ج ۴ ، ص ۱۱۱ـ۱۱۴ .

۵ـ سورهٔ بقره (۲) ۱۸۰ .

که بسود پدر ومادر ونزدیکان وصیت کنند با اینهمه نزد بیشتر فقیهان بوسیلهٔحدیث شریف «لاوصیة لوارث»[۱] منسوخ شده است . شافعی در رسالهٔ مشهور خود و نیز عدهٔ زیادی از پیروان او ، همچنین ابن‌حنبل نسخ قرآن را بوسیلهٔ سنت بدلایلی که اهم آنها اینك بیان میشود ، رد کرده‌اند :

اولا- قرآن‌اصل‌است ولفظ آن‌معجزه،ولی‌سنت‌فرع بر آنست ومعجزه‌هم‌نیست.

ثانیاً ـ با توجه به‌آیـهٔ «قل مایکون لی ان ابدله من تلقاء نفسی ان اتبع الا مایوحی الی انی اخاف ان عصیت ربی عذاب یوم عظیم»[۲] که برپیغمبر امر میکند که بدلخواه خود احکام قرآن را نسخ نکند.

ثالثاً ـ آیهٔ « ما ننسخ من‌آیة اوننسها نأت بخیر منها او مثلها »[۳] میرساند که نسخ آیه جز بوسیلهٔ آیه ممکن نیست .

رابعاً ـ حدیث : «ماجاءکم عنی‌فاعرضوه علی کتاب‌الله ، فما واقفه‌فانا قلته و ماخالفه لم اقله»[٤] (هرچه از من به‌شما برسد بر کتاب‌خدا عرضه کنید ، آنچه موافق آن باشد سخن من است و آنچه مخالف آن باشد از آن من نیست )و حدیث دیگر : « کلامی‌لاینسخ کلام الله، و کلام‌الله ینسخ کلامی، و کلام‌الله ینسخ بعضه‌بعضاً»[۵] (سخن

۱ـ این مفهوم بالفاظ دیگری نیز روایت شده است از قبیل : «ان‌الله قداعطی کل‌ذی حق حقه فلاوصیة‌لوارث» ، «لاتجوز وصیة لوارث الا ان یشاء الورثة» ، «لاوصیة لوارث الاان یجیز الورثة»، «لاوصیة لوارث ولااقراربدین» . مراجعه‌شود به‌البخاری باشرح العینی (ج۱۴ ص ۳۷ و۳۸) ونیل الاوطار ازشوکانی (ج ۶ ، ص۳۴ نقل‌از الدار قطنی واکثر کتب‌ششگانه).

۲ـ سورهٔ یونس (۱۰) ۱۵ .

۳ـ سورهٔ بقره (۲) ۱۰۶ .

۴ـ رسالهٔ شافعی ، ص ۶۲ .

۵ـ دارقطنی‌وابن عدی ، آنرا روایت کرده‌اند ، و سیوطی آنرا از احـادیث ضعیفه شمرده است (الجامع الصغیر ، شماره ۶۴۳۷) .

من ناسخ کلام خدا نیست و کلام‌خدا ناسخ سخن منست . و کلام الهی است که بعضی ازآن بعض دیگر را نسخ میکند) .

خامساً ـ شافعی در موردآیهٔ وصیت معتقد است که بوسیلهٔ آیات ارث که بعداز آن نازل شد و فروض هریك از ورثه و سهام قانونی آنان را تعیین کرد ، نسخ شده است و حدیث « لاوصیة لوارث » باآیهٔ مواریث سازگار است و سنت از کتاب پیروی کرده است[۱] .

حاصل اینکه گفتارشافعی‌واحمدبن‌حنبل‌دراین مسأله به‌موازین واصول‌امروزی نزدیك است که هماره حق الغاء قانون را باقدرتی میداند که آنرا صادر کرده‌است[۲] .

---

۱ـ رسالهٔ شافعی ، ص ۶۱ . همچنین به‌رسالهٔ معارج‌الاصول ابن‌تیمیه مراجعه‌کنید ، مصر ، ۱۳۲۳ ه ، ص ۲۴ . فقهای مذهب جعفری میگویندآیه وصیت نسخ نشده است و این سخنی موجه است وقانون وصیت جدید مصر آنرا پذیرفته است (ماده ۳۷).

۲ـ *Cujus est condere legem, ejus est abrogare.*

## انسان مدنی سرشت است

فعلا در مقام برشمردن کلیهٔ نظریاتیکه در اساس تشکیل اجتماع بشری اظهار شده است نیستم ونیز نمی‌خواهم از عقیدهٔ ژان ژاك روسو و امثال او انتقاد کنم که میگویند انسان در آغاز بمقتضای فطرت[1] خود درحال انفراد زندگی میکرده وتشکیل اجتماع صرفاً نتیجهٔ قراردادی است بین افراد[2]. بلکه به‌قولی اکتفا میکنم که‌میگوید انسان اجتماعی سرشت است وحیات اجتماعی ومدنی با حیات فردی ملازم میباشد و این قول مختار جامعه‌شناسان امروزیست.

روشن است که حقیقت وجودی اجتماع بالضروره قوانینی میخواهد که‌میان افرادش حکومت کند زیرا زندگی دسته جمعی موجب بروز معاملات و مایهٔ تولید علائق وارتباطات گوناگون بین مردم شده است . وباید قواعد و قوانینی وجودداشته باشد که حقوق وتکالیف افراد را نسبت بهم تعیین کند ونزاع و شقاق را بزداید .

مجلهٔ احکام عدلیه نیز این روش را پیش گرفته است وخواننده چه اینجا وچه در سایر جاها ملاحظه خواهد کرد که مجله به‌نظریاتی متعرض‌شده است که در کتب

---

۱- *Al'etat de nature.*

۲- *Contrat Social.*

# فصل دوم

## کتاب

### تنزیل قرآن‌کریم

قرآن کریم نخستین دلیل ومنبع اساسی قانونگذاری‌اسلام محسوب میشود. و آن کتاب خداوندا‌ست ودر آن چنین‌آمده است : «تنزیل الکتاب لاریب فیه من‌رب العالمین» . «انا نزلنا الیك الکتاب بالحق لتحکم بین الناس بما اراك الله ولاتکن للخائنین‌خصیماً» . «وما ینطق‌عن‌الهوی ، ان هو الا وحی یوحی»[1] .

آیات قرآن بطور پراکنده برحسب مقتضیات حوادثی که دراجتماع اسلامی رخ میداد، نازل‌میشد وحوادث‌مزبور را اسباب‌نزول آیات‌قرآنی‌نامیده‌اند . قرآن‌در ظرف بیست ودو سال واندی فرو فرستاده شده[2] که دوازده سال وپنج ماه وسیزده روز

---

۱ـ سورهٔ سجده (۳۲)،۲، ونساء (۴) ۱۰۵ ، ونجم (۵۳) ۳ـ۴.

۲ـ این قول مختار است . در مورد مدت اقامت پیامبر در مکهٔ مکرمه اختلاف است واز اینرو در مدت نزول قرآن نیز اختلاف پدیدآمده است وآنرا هیجده وبیست و بیست‌وسه و بیست و پنج سال گفته‌اند . در این مورد به تاریخ القرآن زنجانی (ص۱۱ ) و زاد المعاد فی‌هدی خیرالعباد ابن قیم (ج ۱ ، ص ۲۷) والاتقان فی‌علوم القرآن سیوطی (ج ۱ ص ۳۹)*

آن در مکه و پیش ازهجرت پیامبر بود و بقیه در مدینه یاجاهای دیگر پس‌ازهجرت آن حضرت بود. بیشتر آیات مکی کوتاه و مربوط به امور دین و عبادات و توحید بطور اجمال میباشد ولی آیات مدینه مفصل‌وحاوی‌اساس‌قوانین‌اجتماع اسلامی‌است.[1]

قانونگذاری اسلام تدریجی وبروفق مقتضیات اسباب نزول وآمادگی اعراب برای رها کردن عادات پیشین وپذیرفتن احکام تازه‌بود، همچنانکه در مورد تحریم خمر وقمار می‌بینیم که نخست بصورت پند و اندرز وبدون نهی بود: «یسألونك عن الخمر والمیسر قل فیهما اثم کبیر ومنافع للناس واثمهما اکبر من نفعهما» وسپس از شرب‌خمر به‌هنگام نماز نهی کرد و گفت: «یا ایها الذین آمنوا لاتقربوا الصلاة و انتم سکاری حتی تعلموا ماتقولون» وسپس بطور مطلق منع قانونی‌آن صادر گردید: «یا ایها الذین آمنوا انما الخمر و المیسر والانصاب و الازلام رجس من‌عمل‌الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون. انما یرید الشیطان ان یوقع بینکم العداوة و البغضاء فی الخمر والمیسر و یصدکم عن ذکرالله وعن الصلاة فهل انتم منتهون»[2].

### گردآوری و تفسیر قرآن

پیامبر صلی الله علیه وآله شخصاً قرآن را بصورت مجموعه، گردآوری نکرد، چه‌اومردی

---

* واسباب النزول واحدی نیشابوری (ص۱) وتاریخ‌التشریع الاسلامی خضری (ص ۵) وتاریخ الفقه الاسلامی دکتر عبدالقادر (ج ۱ ص ۷) رجوع شود.

۱ـ برای معرفت به‌آیات مکی و مدنی به‌الاتقان (ص ۸ به‌بعد) و تاریخ القرآن زنجانی (ص ۱۱ـ۳۹) مراجعه شود.

۲ـ این آیات بترتیب در سوره‌های بقره (۲) ۲۱۹ و نساء (۴) ۴۳ و مائده (۵) ۹۰ـ۹۱ آمده‌است ومراد ازمیسروانصاب و ازلام، قمار وبتها وتیرهائی بود که‌درقمار بازی‌بکار میرفت. رجوع شود به‌سنن ابو داود (ج ۲ شماره ۳۶۷۰) وکتاب الناسخ والمنسوخ ابوالقاسم ابوالنصر (درحاشیهٔ‌کتاب اسباب النزول واحدی، ص ۷۲ـ۸۲).

امی بود ونوشتن نمیدانست و آیات قرآن را نویسندگان وحی در صفحات پراکنده مینوشتند و قاریان در سینه‌های خود حفظ میکردند.

پس از پیامبر زیدبن ثابت بدستور ابوبکر قرآن را گردآوری کرد. سپس در سال ۳۰ هجری (۶۵۰ م) در زمان‌خلافت عثمان‌بن‌عفان آیات قرآن بایك‌قراءت ودر یکجا جمع گردید و نسخه‌هائی ازآن به‌نقاط مختلف فرستاده شد[1].

تفسیر قرآن مورد اختلاف مفسران است ولی بدون تردیداصحاب پیامبر که ملازم خدمتش بودند به‌اسباب نزول از دیگران آگاه‌تر بودند وبدین جهت از میان آنها ده تن که عبارتند از: خلفاءِ راشدین (ابوبکر و عمر وعثمان وعلی) وازصحابه عبدالله‌بن مسعود، عبدالله بن عباس، ابی‌بن کعب، زید بن ثابت، ابوموسی اشعری وعبدالله زبیر[2] بلند آوازه شدند واز این گروه علی بن‌ابیطالب و عبدالله بن عباس که از نزدیکان پیامبر بودند ونیز عبدالله بن‌مسعود شهرت بسزائی دارند.

از صدر دولت عباسی ببعد علم تفسیر رونق گرفت و تفسیرهـای زیادی نوشته شد که مشهورترین آنهاتفسیر کبیر معروف به‌جامع‌البیان فی‌تفسیرالقرآن ازطبری[3] در سی جزء وتفسیر الکشاف از ابوالقاسم محمودبن عمرخوارزمی زمخشری(متوفی بسال۵۳۸ ه) درچهارجزء ومفاتیح الغیب مشهور به‌تفسیرالکبیر ازفخرالدین رازی درهشت‌جزءوتفسیر بیضاوی،وتفسیرالجلالین‌ازجلال‌الدین‌محلی‌وجلال‌الدین‌سیوطی،و

---

۱ـ برای ترتیب سوره‌های مکی ومدنی قرآن به‌کتاب‌تاریخ‌القرآن ابوعبدالله زنجانی (قاهره ۱۹۳۵،ص‌۲۷ـ۵۷) وکتاب تاریخ قرآن‌نولدکه (*Noldeke, Geschicht des Qorans* چاپ گوتینگن ۱۸۶۰، ص ۴۵،وبعدآن) مراجعه شود.

۲ـ به‌الاتقان فی‌علوم القرآن از سیوطی، ج ۲ ص ۱۸۷ مراجعه شود.

۳ـ طبری ازپیشوایان یکی از مذاهب از میان رفته اسلامی بود (چنانچه‌بدانهااشارت رفت).

غیر آنها[1] میباشد. وازمشهورترین تفاسیرشیعه مجمع‌البیان وجامع‌الجوامع ازفضل بن حسن طبرسی (متوفی بسال ٥٤٨ ه)[2] میباشد.

**ترجمهٔ معانی قرآن کریم**

قرآن «بزبان عربی روشنی» فرستاده شده، چنانکه از آیات «بلسان عربی مبین» و «انا انزلناه قرآناً عربیا لعلکم تعقلون»[3] مستفاد میشود.

درموضوع جواز ترجمهٔ قرآن بزبان‌های دیگر بحث وجدال میان‌دانشمندان پیش‌آمده واین جدال اخیراً در مصر بالاگرفته است چه دولت مصر در سال ۱۹۳۶ با صدور تصویبنامه‌ای دائربراینکه «معانی قرآن کریم رسماً ترجمه شود وپیشوایان دانشگاه الازهر با یاوری وزارت فرهنگ مأمور این کار باشند» در حقیقت موافقت خود را بااین امر اعلام داشت. منظور از این اقدام انتشار دین اسلام درمیان ملتهای دیگر وریشه‌کن ساختن آثار زشت وناپسند ترجمه‌های مغلوط بود.[4]

این امر بنـا به پیشنهاد رئیس دانشگاه الازهر وبه‌فتوای‌فحول دانشمندان و استادان دانشکدهٔ علوم‌شرعی‌صورت گرفت. ولی گروهی، ازجمله «جمعیت‌المحامین الشرعیین»، در مقام معارضه برآمدند و بالاخره موافقان و مخالفان بااحتجاجات و

---

۱ـ نام کتابهائی که دربارهٔ قرآن وتفسیرآن تألیف‌شده‌است درالفهرست ابن ندیم، ص ۲۶ به‌بعد آمده است.

۲ـ بکتاب احسن الودیعة فی‌تراجم مشاهیر الشیعه، از محمد مهدی کاظمی، چـاپ بغداد، ۱۳۴۸ ه، ج ۲ ص ۲۰۴ رجوع شود.

۳ـ سورهٔ شعراء (۲۶) ۱۹۵، ویوسف (۱۲) ۲.

٤ـ رجوع شود به‌آنچه در مجلهٔ المنار (سال ۱۳۴۳ ه، ص ۷۹۵) دربارهٔ ترجمهٔ انگلیسی غلطی که فرقهٔ احمدیه در هند نشرکرده‌اند، آمده است.

نشرمقالات و رسالههائی برعلیهیکدیگرپرداختند.[۱]

خلاصه ادلهٔ مخالفان این بود که زبان عربی شعار اسلام و مسلمانان است[۲] و قرآن کریم اسمیاست شامل نظم ومعنی واگر ترجمه شودنظمآن پابرجا نماندواین تعریف برآنصادقنخواهد بود[۳]،«وترجمهٔ قرآن وترجمهٔمعانی آنجائز نیست وحریم قرآن باید از ترجمه دور بماند چه ترجمه را زیانهائی است بهدین و زبان ومیهن»[۴] و «قرآن روح است و نور ، ترجمه پذیر نیستچهترجمهآنرا تباه میسازد»[۵] .

اما طرفداران ترجمه باستدلالهای زیر متوسل شدهاند :

نخست اینکه ایرانیان بهسلمان (فارسی) نوشتند که سورهٔ فاتحهرا برایآنان بهفارسی برگرداند و او چنین کرد و ایرانیان در نماز خود ، ترجمهٔ فارسی فاتحه را میخواندند[۶] وپیغمبر عملآنان را نکوهش ننمود[۷].

دو دیگر اینکه ابوحنیفه نماز را بهفارسی و هر زبان دیگر جایز میدانست ویاران او ابویوسف ومحمد برای کسی که آشنائی به زبان عربی نداشت ، این امر

---

۱ـ بهکتاب «حدثالاحداثفیالاسلام اقدام علیترجمةالقرآن» از شیخ محمدسلیمان (چاپخانهٔ سلفیه ، مصر ، ۱۳۵۵ه ) وکتاب « الادلة العلمية علی جواز ترجمة معانی القرآن الی اللغات الاجنبية» از محمد فريد وجدی (مصر ، ۱۹۳۶) رجوع شود .

۲ـ ابنتیمیه درکتاب «اقتضاء الصراط المستقيم فیلغةاصحابالجحيم»(بنقلشیخ محمد سلیمان درکتاب حدثالاحداث ، ص ۳۰) .

۳ـ کتاب المنار از نسفی وشرحآن از ابنملك ، دارالسعادة ، ۱۳۱۴ ه ، ص ۹.

۴ـ فتوای المحامین الشرعیین در ۱۲ حزیران سال ۱۹۳۶ .

۵ـ حدث الاحداث ، ص ۶۲ .

۶ـ المبسوط از سرخسی ، ج ۱ ص ۳۷ .

۷ـ رسالة النفحة القدسية فیاحكام قراءة القرآن وكتابته بالفارسية ، از شرنبلالی ، مصر ، ۱۳۵۵ ه ، ص ۱۵ .

را تجویز کردند. گویند ابوحنیفه هم از این عقیده عدول کرده وما نند یاران خود جواز نماز بهزبانهای دیگر را مقید بهناتوانی وعدم آشنائی بزبان عربی کرد[۱].

سه دیگر اینکه دعوت اسلام مخصوص عرب نبود بلکه اسلام یك دین جهانی است وقرآن این سخن را تأیید میکند: «تبارك الذی نزل الفرقان علی عبده لیکون للعالمین نذیرا». «قل الله شهید بینی و بینکم، و اوحی الی هذا القرآن لانذرکم به»[۲] و گفتار پیامبر مؤید این معنیاست که گوید: «بعثت الی الناس عامة»[۳] وعلت نزول قرآن بهعربی همانا برای آسان کردن دعوت بود، چه پیامبر وخویشاوندانش عرب بودند. چنانچه در قرآن آمده است: «فانما یسرناه بلسانك لعلهم یتذکرون». «ولو نزلناه علی بعض الاعجمین، فقرأه علیهم ماکانوا بهمؤمنین»[۴].

واما آنچه امروزهپذیرفته شدهاست اینست که ترجمهٔ تحتاللفظی قرآنسخت مشکل وممنوع است و «اماترجمهٔ آن بهمعنی که عبارت ازتفسیر آن بزبانهای دیگر است،جائز میباشد والبته مصلحت شرعی بهاندازهٔ کافی باید مراعات گردد.[۵]

---

۱ـ تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق از زیلعی (ج ۱، ص ۱۱۰ـ۱۱۱)، والمجموع شرح المهذب از نووی (ج۳، ص ۳۸۰)، وشرحالفقه الاکبر ازملاعلیقاری (مصر ۱۳۳۲ه ص ۱۳۶ـ۱۳۷). وابوحنیفه در جواز این عمل بهآیهٔ «وانه لفی زبرالاولین» (شعراء ۱۹۶) وبهآیهٔ «وانزلنا الیك اللکتاب بالحق مصدقا لما بین یدیه من الکتاب» (مائده، ۴۸) استدلال کرده است. رك بهالفتاوی الحدیثیه از ابن حجر، چاپخانهٔ التقدم، ص ۱۲۹.

۲ـ سورهٔ فرقان (۲۵) ۱، وانعام (۶) ۱۹.

۳ـ بخاری آنرا روایت کرده است. شرح بخاری عینی (ج ۴، ص ۷)، و الاحکام ابنندیم (ج ۱، ص ۳۴).

۴ـ دخان (۴۴) ۵۸، شعراء (۲۶) ۱۹۸ـ۱۹۹.

۵ـ مجلة المنار، ۱۳۴۴ ه، ص ۴۹۲.

به هر حال قرآن کریم به زبانهای معروف بیگانه: لاتینی[1]، انگلیسی[2]، فرانسه[3]، ترکی[4]، وغیره، یك یاچندین بارترجمه شده‌است .

۱ـ نخستین ترجمهٔ لاتینی بقلم پطرس محترم راهب‌کلنی بسال ۱۳۴۳ م بود . سپس ترجمه‌های دیگری شدکه مشهورترین آنها امروز ترجمه‌ای از *Maracci* بنام *Alcorani* (*Textus vniversus*) است . رك به‌تاریخ القرآن زنجانی (ص۶۹) وتاریخ العرب المطول از حتی (بیروت ، ۱۹۴۹، ج ۱، ص ۱۷۴) ، و مقالهٔ اولیری درمجلهٔ اسلامیك ریویو (تشرین اول ۱۹۴۹ ، ص ۱۱ـ۱۲).

۲ـ قدیمترین آنها ترجمهٔ اسکندر روس بسال ۱۶۴۹ است . همچنین ترجمه های رودول وبالمر و مولانا محمدعلی ومارمادیوك بکتول و ترجمه‌های دیگر نیز مشهور است .

۳ـ ترجمه‌های قرآن بـه فرانسه متعدد است، از جمله : ترجمهٔ سافاری *(Savary)* و ترجمهٔ کازیمیرسکی *(Kasimirsky)* و ترجمهٔ *(Pesle)* همراه بـا احمد تیجانـی ( رباط مراکش)، وترجمهٔ بلاشیر *(Régis Blachir)* ، وترجمه‌های دیگر .

۴ـ در این‌باره قبلا سخن گفته شد . و از ترجمه‌های ترکی جدید ترجمهٔ عمر رضا طغرل *Omer Riza Dogrul* ، اسلامبول، ۱۹٤۷ قابل توجه است .

# فصل سوم

## سنت

### نگارش حدیث

سنت عبارت است از نقل قول وفعل وتقریر صاحب شریعت اسلام . بنابراین سنت برسه قسم است: نخست سنت قولی یاحدیث شریف که از گفتار نبی‌اکرم گرفته شده است . دوم سنت فعلی که از کردارهای آن بزرگوار مأخوذ است . سوم سنت تقریری که از سکوت او دربرابر کردارهای دیگران و رضای او نسبت به‌کارهائیکه با علم و آگاهی او از دیگران سرزده است ، استنباط و استنتاج میشود .

نبی‌اکرم نسبت به‌نگارش‌سنت نیز مانند نگارش قرآن فرمانی نداده حتی این عمل را نهی نیز کرده است: «لاتکتبوا عنی، ومن کتب عنی غیرالقرآن فلیمحه، وحدثوا عنی ولاحرج»[1] (ازسخنان من چیزی ننویسید وهرکسی جز قرآن‌چیزی از من بنویسد ، پس‌آنرا محو کنید ، ولی از گفتار من برای دیگران نقل کنید و باکی برشما نیست ) .

---

۱ـ به‌نقل مسلم در صحیح خود (ج ۸ ، ص ۲۲۹) وغیره .

قبلا نیز به‌امتناع عمربن‌خطاب از جمع آوری‌حدیث اشارتی شد چه‌میترسید مبادامردم بحدیث‌اقبال کنند وقرآن متروك بماند ونیزاشاره‌شد که در زمان عمربن عبدالعزیز توجهی به جمع آوری حدیث مبذول گردید ولی سنت و حدیث تا زمان عباسیان بصورت مدون در نیامد و در آن عصر به‌جمع و تدوین آن اقدام گردید و مجموعه‌های معتبر حدیث پدیدار شد .

**مسانید و مصنفات**

مجموعه‌های حدیث دو قسمند : مسندها ومصنفات ، در مسندها . احادیث‌را بـر حسب اسناد یعنی برحسب نام محدثـانیکه آنرا از پیغمبر روایت کرده‌اند ، گردآوری کرده‌اند ، و معروفترین آنها مسند امام احمدبن حنبل است که بیان آن گذشت . در مصنفات حدیث به ترتیب موضوع‌ها و مباحث حقوقی مرتب شده کـه مهمترین آنها موطأ از امام مالك است که پیشتر یاد شد .

درقرن‌سوم هجری مصنفات سنیان ، معروف به کتابهای‌ششگانه‌نگاشته شدند و هر یك از آنها اجمالا معرفی میشود[1].

نخست صحیح بخاری از ابوعبدالله محمد بن‌اسمعیل بخاری (۱۹٤ـ۲۵٦ه)، دوم صحیح مسلم از ابوالحسین مسلم نیشابوری ( ۲۰٦ـ۲٦۱ ه ) . این دو نویسنده برای جمع آوری حدیث رنجها برده و سفرهـا کرده و در صحت مضمون روایت و سلسلهٔ اسناد آن باریك بینی‌ها نموده‌اند بهمین جهت این دو صحیح بسیار ارزنده و مورد اعتماد قرار گرفته است . گفته‌انـد کـه بخاری شانزده سال عمر خود را در

---

۱ـ در مورد طبقه‌بندی کتاب های حدیث مراجعه کنید به‌کتاب « قواعد التحدیث من فنون مصطلح الحدیث» از جمال‌الدین قاسمی ( دمشق ، ۱۹۲۵ ، ص ۲۲۵ به بعد ) و کتاب حجةالله البالغه (ج ۱ ، ص ۱۳۲) .

تصنیف جامع الصحیح گذرانده است .

جامع الصحیح بخاری را اهل سنت پس از قرآن کریم بلندپایه‌ترین کتاب میدانند[۱] وبیش از هفتهزار حدیث در بردارد ولی تکرار درآن موجود است ، و در واقع چهار هزار حدیث بدون تکرار درآن یافت میشود . مهمترین شرح‌هائی که‌بر آن نگاشته شده است عبارت است از : فتح الباری در شرح صحیح بخاری از حافظ ابوالفضل احمدبن حجر عسقلانی شافعی ( ۷۷۳ ـ ۸۵۲ ه) و عمدة القاری در شرح صحیح بخاری در بیست وپنج جزء از بدرالدین محمود عینی حنفی (۷٦۲ـ۸۵۵ه) میباشد .

صحیح مسلم در نظـر جمهور پس از صحیح بخاری قـرار گرفته است ولی دانشمندان مغرب زمین صحیح مسلم را برصحیح بخاری ترجیح میدهند[۲] و صحیح مسلم با مکرراتی که دارد حاوی بیش از هفتهزار حدیث میباشد و بزرگترین شرح آن ، شرح نووی شافعی در هیجده جزء است .

پس از این دو صحیح ، چهار کتاب معروف به‌سنن اربعه قرار گرفته و بوسیلهٔ ابن مـاجه ( متوفـی بسال ۲۷۳ ه ) و ابو داود سجستانی ( متوفی بسال ۲۷۵ ه ) و ترمذی ( متوفی بسال ۲۷۵ یا ۲۷۹ ه ) و نسائی ( متوفی بسال ۳۰۲ یـا ۳۰۳ ه ) گردآوری شده است . تصنیفات ابوالحسن الـدار قطنی ( متوفی بسال ۳۸۵ ه ) و مصابیح السنه ابومحمد بغوی (متوفی بسال ۵۱۰یا ۵۱٦ ه )[۳] پس‌ازسنن اربعه شهرت دارند .

---

۱ـ ابن تیمیه میگوید : «زیرآسمان پس از قرآن کتابی صحیحتر از صحیح بخاری ومسلم وجود ندارد» . رك فتاوی ابن‌تیمیه ' مصر ، ۱۳۲٦ـ۱۳۲۹ ه ، ج ۲ ص ۱۹۴.

۲ـ مقدمهٔ ابن‌خلدون ، ص ۳۸۷ .

۳ـ برای اطلاع از شرح‌حال‌آنان‌بکتاب وفیات‌الاعیان از ابن خلکان مراجعه شود.

قانونی‌جدید کمتر یافت میشود . و مادهٔ اول آن میگوید : «همانا انسان مدنی‌سرشت است و ممکن نیست که بتواند مانند حیوانات دیگر بصورت انفراد زندگی کند . بلکه نیازمند به‌تعاون وهمکاری است که پیوندهای‌اجتماعی‌را بیافرینند . باوجود این هرفردی آنچه را که ملائم طبع خود می‌بیند میخواهد ، و بر آنچه مزاحم میشناسد خشمناك است . بنابراین برای‌حفظ عدالت ونظم میان مردم به‌قوانینی که موردتأیید شریعت باشد نیازمند است .»

بطوریکه از تفسیر مادهٔ مزبور برمیاید مدنی بودن عبارت از این است که انسان بحال انفراد زندگی نکند در صورتیکه این معنی بر حضری و بدوی هر دو صدق میکند چه ، هر کدام در سرشت خود اجتماعی بوده و با بنی‌نوع خود زندگی میکند ودر صحنهٔ حیات بمعاونت ویاری او برخاسته است[1] .

ابن خلدون این حقیقت را با گفتار خود چنین روشن میگرداند : « تشکیل اجتماع بشری ضروریست و حکما این امر را به‌مدنی بالطبع بودن آدمی تعبیر کرده‌اند یعنی گزیری جز تشکیل اجتماع و تمرکز در شهرها و تأمین آبادیها ... نیست چه یك فرد بشری‌اقتدار برآوردن نیازمندیهای زندگی خودرا ندارد وقوام وجود و دوام زندگی انسان ممکن نیست مگر باجتماع و تعاون افراد بر تحصیل غذا و لباس و دیگر ضروریات خود . وقتی اجتماع تشکیل گردد معامله‌ها پیش میآید ونیازمندیها افزون میشود وافراد برای رفع نیازمندیهای خود دست بدست هم میدهند وهریك حاجت دیگری را برمیاورد وچون ازطرفی طبیعت حیوانی آنان‌از شهوت و غضب بافته شده و به‌زور وستم ساخته وپرداخته گردیده ، مزاحمت ومدافعت پیش میآید وکار به‌نزاع وپیکار منتهی میگردد و اگر قانون و حکمرانی نباشد که

۱ـ این باآنچه درشرح مجلهٔ استاد محاسنی (ج۱ ، ص۲۴)آمده است که معنی کلمهٔ مدنی ، بدوی نبودن است ، مخالفت دارد.

اما نزد شیعیان چهار کتاب : کافی از محمد بن یعقوب کلینی ( متوفی بسال ۳۲۸ یا ۳۲۹ھ) ومن‌لایحضره الفقیه از ابن بابویه (متوفی بسال ۳۸۱ ه) والاستبصار فی ما اختلف من الاخبار و تهذیب الاحکام از ابوجعفر محمد طوسی ( متوفی بسال ٤۱۱ ه)[۱] مهمترین مجموعه‌هـای احادیث واخبار بشمار میروند .

**سنجش صحت وسقم حدیث**

پس از تدوین‌حدیث، علمی بنام «مصطلح الحدیث» بوجود آمد ومردان‌حدیث به‌یك سلسله بررسی‌ها وبحث‌های علمی انتقادی پرداختند واین مردان ، رجال‌جرح وتعدیل نامیده شدند و قواعدی برای سنجش و نقادی حدیث وضع کردند وحدیث را برحسب درجهٔ اعتبار به‌صحیح وحسن وضعیف وغیره تقسیم‌نمودند[۲] .

سنت و حدیث دومین مصدر قانونگذاری اسلامـی است کـه در حقیقت مبین مجملات نصوص و مفسر آیات و شارح کلیـات احکام قرآن است و در کلیهٔ مذاهب اسلامی لازم الاتباع شمرده شده است[۳] و آیاتی مانند: «ما آتاکم الرسول فخذوه و مانهاکم عنه فانتهوا» ، «اطیعوا الله و اطیعواالرسول» ، «من یطع الرسول فقد اطاع الله»[٤] وآیات دیگر براین امر دلالت دارد وبطوریکه درباب آینده خواهیم دیدفقط سنت مربوط به‌امور معیشت دنیوی از این حکم مستثنی است .

---

۱ـ به‌کتاب موسوعة الاسلامیة ، زیر عنوان «شیعه» رجوع شود.

۲ـ به‌مقدمهٔ ابن‌الصلاح «فی‌علوم الحدیث» (بمبئی ، ۱۹۳۸ ، ص ۷ و۱۵ و ۳۰) و قواعد التحدیث‌قاسمی (ص۵۵ به‌بعد) رجوع شود .

۳ـ مگر عدهٔ قلیلی‌که از عمل به‌کلیهٔ احادیث سرباز زده‌اند (الام ، ج ۷ ص۲۵۰).

۴ـ سوره‌های حشر (۵۹) ۷ ، مائده (۵) ۹۲ ، ونساء (۴) ۸۰ .

در مورد سنت بین مذاهب گونــاگون اسلامی اختلاف پیدا شده است مثلا شیعیان احادیث را که اخبار نیز نامیده‌اند ، وقتی معتبر میشمارند که اسناد آنها به اهل بیت پیامبر صلی‌الله علیه وآله برسد . و دانشمندان شیعه باین حدیث تمسك میجویند که : «ان کل‌ما لم یخرج عن اهل البیت علیهم‌السلام فهو زخرف »[1] یعنی هرحدیثی که به خاندان پیغمبر منتهی نشود بی‌ارزش است .

سپس میان مذهبهای سنی نیز دو دستگی پدید آمد ، دسته‌ای بنام اهل رأی درعراق و دستهٔ دیگری بنام اهل‌حدیث درحجاز . دستهٔ اهل رأی از پذیرفتن‌احادیثی که گروه‌دوم بدان تمسك می‌جستند سر بازمیزدند . وهمچنین در علم مصطلح‌الحدیث وشرائط قبول حدیث اختلافاتی بوجودآمد .

**روایت حدیث**

حدیث برحسب روایت بر سه‌قسم : متواتر، مشهور و واحد تقسیم شده‌است. متواتر آن است که بخودی خود افادهٔ علم و یقین کند ، زیرا به حادثه‌ای محسوس مستند است وراویان‌آن متعددند بنحویکه تبانی و سازش آنان در جعل خبر معقول نیست. حدیث‌مشهور عبارت ازخبری‌است که راویان‌آن دراصل، یك‌یادو نفر ازصحابه بودند ولی ازآن پس انتشار وتواتر پیدا کرده است . خبری را که متواتر و مشهور نباشد ، خبر واحد گویند .

قبول خبرواحد یعنی خبری که یك‌راوی از دیگری نقل کرده‌است تاسلسلهٔ راویان به‌پیغمبر منتهی شده‌است ، مورد اختلاف‌است . برخی باقیاس به‌اینکه گواهی یگانه ، گواهی بی‌اثراست آنرا رد کرده‌اند وبعضی مانندپیروان مذهب ظاهری آنرا مطلقاً پذیرفته‌اند ، وهمچنین است نظر ابن‌حنبل بنا به‌یکی از دو روایت منقول از

۱ـ وسیلةالوسائل فی‌شرح الرسائل فی‌علم الاصول ، ص ۷ .

او ، چه پیامبر بههنگام فتوی یاحکم دادن در موضوعی ، همهٔ مردم مدینه را پیش نمیخواند تا گواه برقضیه باشند ولی جمهور دانشمندان معتقدند که خبر واحدمنقول بوسیلهٔ عادلافادهٔ علم میکند وچنانچه محفوف بهقرائن باشد[۱] پذیرفته میشود .

درخبر واحد شرط است که راوی آن ، مسلمان ، عاقل ، عادل ومشهور بضبط باشد . بنابراین خبر منقول بوسیلهٔ زن وبنده و کور پذیرفتهاست بخلافخبرمنقول بوسیلهٔ کودك غیر ممیز ، دیوانه ، کافر وفاسق . جمهور فقیهان بهعدالت و استقامت صحابه در روایت حدیث معتقدند و احادیث آنان را مورد اعتبار قراردادهاند وازآن میان ابوبکر ، عمر ، علی ، عبدالله‌بن مسعود ، عبدالله بن عمر ، عبدالله بن عباس ، معاذ ، عایشه ، ابوهریره و انس بهصدق روایت معروفند .

حدیث باکلماتی چون حدثنا ، اخبرنا و انبأنا [۲] بوسیلهٔ راوی شروع میشد و سلسلهٔ راویان آن یا بهپیامبر میرسید یا مرسل بود یعنی میان گوینده و پیامبر از ذکر واسطهها خودداری شده بود . و حدیث مرسل که یکی از صحابه آنرا روایت کرده باشد بنا باجماع حجت است . و چنانچه راوی آن یکی از بزرگان تابعان باشد ، باز نزد همهپذیرفته استجز شافعی کهآنرا مشروط بتأیید دلیل دیگرمیداند. در صورتیکهخبر مرسلبوسیلهٔ کسی غیرازصحابهوتابعان روایت شده باشد ، پذیرفتن آن مورد نزاع است[۳] .

در صحت روایتحدیث بهمعنی نیز اختلافاست و رأی مختار برجوازآنست بشرطیکه گوینده دانش کافی به دلالات الفاظ و موقعیتهای آنها داشته و خبر را

---

۱ــ رجوع شود بهرسالهٔ شافعی (ص ۹۸ وبعد) والاحکام آمدی (ج ۱ ص ۱۶۱ بهبعد) والاحکام ابنحزم (ج ۱ ص ۱۰۸ بهبعد) ومسلم الثبوت (ج ۲ ص۸۸) .

۲ــ عبارت البخاری ، رك بهشرح آن از عینی ، ج ۲ ص ۱۱ .

۳ــ شرحالمنار از ابن ملك ، ص ۲۰۷ و بعد.

بدون افزایش معنی یا کاستن آن نقل کند[1].

این اختلاف در دانش مصطلح الحدیث یکی از اسباب اختلاف مذاهب بشمار میرود ودر نتیجه اگر حدیثی درمذهبی صحیح شناخته‌شود ، چنین ایجاب میکند که پیروان این مذهب مطابق آن فتوی دهند ، برعکس دیگران که در صحت حدیث مزبور تردید دارند .

**احادیث ساختگی**

چه‌بسا احادیث که در برخی از دورانهای تاریخ اسلامی بمنظور استفاده‌های سیاسی وحزبی یا برای رونق دادن به بازار داستان سرایان ومنظورهای دیگر جعل شد[2] وچنان رو بفزونی نهاد که بهیچوجه با احادیث دوران صحابه و پیروان آنهااز بزرگان تابعین قابل قیاس نیست واحادیثی بی‌سر و ته وبی‌پایه و دور ازخرد ومنطق روایت کردند و صدق گفتار پیامبر ظاهر گردید که فرمود : « سیکون فی آخر امتی اناس یحدثونکم ما تسمعوا انتم ولاآبائکم فایاکم و ایاهم»[3] یعنی در نسل‌های بعدی امت من ، مردمانی احادیثی برای شما روایت خواهند کرد که شما و پدران شما آن احادیث را نشنیده‌اید . پس ازآنها دوری کنید .

از مثالهای حدیث‌های جعلی : «الدیك الابیض صدیقی اوحبیبی ــ خروس سفید دوست یامحبوب‌من است» . «الفأرة انها یهودیة ــ موش یهودی است» . «الضب کان یهودیاً عاقاً فمسخ ــ سوسمار یهودی عاق والدینی بود که مسخ شد » . « السنور

---

۱ــ الاحکام آمدی (ص ۱۹۳) ، ورسالهٔ شافعی (ص۷۵) .

۲ــ رك. کتاب اللآلیء المصنوعةفی‌الاحادیث الموضوعة ( ج۲ ، ص۴۶۷-۴۷۴ ) در مبحث راویان اخبار ساختگی .

۳ــ صحیح مسلم (ج ۱ ص ۹) و شرح‌آن از نووی (ج ۱ ، ص ۷۸)

عطسة الاسد ـ گربه عطسهٔ شیر است » . « الخنزیر عطسة الفیل ـ خوك عطسهٔ فیل است» . « اکل السمك یذهب الجسد ـ خوردن ماهی مـایهٔ تباهی بدن میگردد » . «قلب المؤمن حلو یحب الحلاوة ـ قلب مؤمن شیرین و دوستدار شیرینی است » . «لو کان الارز رجلا لکان حلیماً ـ اگر برنج انسان بودی همانا حلیم و بردبار بودی». «الباذنجان شفاء من کل داء ـ بادنجان درمان هر درد است » . «العازب فراشه من نار ـ رختخواب شخص عزب از آتش است » . « مسکین رجل بلا امرأة و مسکینة امرأة بلارجل ـ بیچاره مردیکه زن ندارد و بیچاره زنیکه شوهر ندارد» . «اکرموا عمتکم النخلة[1] ـ عمهٔ خودتان درخت خرما را گرامی دارید» . «البحر هو من جهنم ـ دریا از دوزخ است» . «شر الحمیر الاسود القصیر ـ بدترین خران خر سیاه و کوتاه است»[2] .

چنانچه این حدیث سازان از گفتار صاحب شرع : « من یقل علی مـالم اقل فلیتبوا مقعده من النار[3] ـ هر کس ازمن چیزی را که نگفته‌ام روایت کند ، جایگاه خود را در دوزخ فراهم سازد» عبرت میگرفتند و از برخی صحابه مانند عمر و زبیر وعبدالله بن مسعود وسعد بن ابی وقاص پیروی میکردند که حتی از نقل و تدوین حدیث بعلت ترس از تحریف و کم وکاست یا افزایش آن دوری می‌جستند ، روایت حدیث

---

۱ـ قرافی در کتاب خود الفروق ، ج ۳ ص ۸۵ این حدیث را صحیح شمرده است.

۲ـ رك به کتاب تأویل مختلف الحدیث فی الرد علی اعداء اهل الحدیث از ابن قتیبه (ص۹ـ۱۰) و رسالة المغنی عن الحفظ والکتاب از موصلی (مصر ، ۱۳۴۲هـ ، ص۱۱ـ۴۱ ، مع انتقادها از حسام الدین قدسی ، چاپخانهٔ ترقی دمشق ، سال ۱۹۲۵ ) ، و فتاوی ابن تیمیه (ج ۲ ص ۱۹۵ـ۱۹۸) ، وکتاب تحذیر المسلمین من الاحادیث الموضوعة (مصر ، ۱۹۰۳ ، ص ۶۳ وبعد) وکتاب اللآلیء المصنوعة (ج ۲ ص ۲۲۴ و ۲۲۸ و ۲۳۳ و ۲۳۸) .

۳ـ رك بخاری بشرح عینی ، ج ۲ ص۱۵۳ .

بصورت بهتری عملی میشد وشریعت اسلامی از اغلب پیرایه‌ها وساز وبرگ‌های دروغی افتراءآمیزمصون میماند. وچه‌بسیارند نادانان و نابخردانی که‌بحدیثی مجعول استناد میکنند و تهمت‌های ناروا به شریعت میزنند و دین را بصورتی که نیست جلوه گر میسازند.

البته نظر برخی از مستشرقین‌را نباید پذیرفت که بموجب آن هر حدیثی ساختگی است مگر اینکه دلیلی برصحت آن وجود داشته باشد زیرا علماء حدیث بی‌جهت حدیثی را نپذیرفته‌اند بلکه در نقد وبررسی راویان حدیث و مراتب ضبط وعدالت آنان کوششها کرده وموازینی‌علمی‌وصحیح وضع کرده‌اند که‌باتوسل بموازین مذکور میتوان با اطمینان خاطر به‌انتخاب حدیث راست ودرست پرداخت[1].

امروزه می‌بینیم که پیشوایان مذهب سلفیهٔ جدید برروش تقلید می‌تازند و خود شخصاً به‌اجتهاد ونقادی میپردازند تا جائیکه کلیهٔ احادیث مندرج در دوصحیح بخاری ومسلم را نیز نمی‌پذیرند. واین نکته را ثابت کرده‌اند که شخص بخاری و همچنین راویان او مصون از لغزش نبوده‌اند[2].

---

۱ــ رك به‌فهرست کتابها و دستنویسهای زیادی‌که دکترعبدالقادر درکتاب خودتاریخ الفقه الاسلامی، ج ۱ ص ۳۰۳ــ۳۰۴ ازآنها یادکرده است.

۲ــ به‌مجلهٔ المنار سال ۱۳۴۷ ه (ص ۵۰۷ــ۵۱۶) ونیز به‌کتاب‌یسرالاسلام واصول التشریع العام از آقای محمد رشید رضا (مصر، ۱۹۲۸) مراجعه شود.

# فصل چهارم

## اجماع

### ادلهٔ اجماع

از کتاب وسنت که بگذریم «اجماع» سومین مصدر قانونگذاری اسلام ، در نظرجمهور فقهاء بشمار میرود وآن‌عبارت ازیگانگی‌نظر واتفاق رأی کلیهٔ‌دانشمندان اسلامی یك عصر است برحکمی شرعی .

مستند حجیت اجماع آیاتی از قرآن ودلائلی از سنت وحکم عقل است که خلاصهٔ‌آن چنین است :

اول ، قرآن کریم :

۱ـ آیهٔ کریمهٔ : «ومن یشاقق الرسول من بعد ماتبین الهدی ویتبع غیر سبیل المؤمنین نوله ماتولی ونصله‌جهنم وساءت مصیرا»[۱]. اجماع همان راهی‌است که‌پیروی کردن از آن برمسلمانان واجب شمرده شده است.

۲ـ آیهٔ : «یاایها الذین‌آمنوا اطیعوا الله واطیعوا الرسول و اولی الامرمنکم

---

۱ـ سورهٔ نساء (۴) ۱۱۵ .

فـان تنازعتم فی‌شیء فردوه الی الله و الرسول»[1]. یعنی اجماع شما در صورت نبودن مخالف پذیرفته است.

۳ـ آیاتی مانند « و اعتصموا بحبل‌الله جمیعا ولا تفرقوا» . « کنتم خیرامـة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون‌عن‌المنکر» . «و کذلك‌جعلنا کم امة وسطاً لتکونوا شهداء علی الناس» . «یاایها الذین آمنوا اتقوا الله و کونوامع الصادقین»[2].

دوم سنت :

۱ـ حدیث «امتی لاتجتمع علی الخطا او علی الضلالة[3]ـ امت من بر اشتباه یا گمراهی متفق نمیشود » .

۲ـ حدیث «یدالله مع‌الجماعة[4] ـ دست خدا همراه جماعت است» .

۳ـ گفتار ابن مسعود : «ما رآه المسلمون‌حسناً فهو عندالله حسن ، وما رآه المؤمنون قبیحاً فهو عندالله قبیح[5] ـ آنچه در نظر مسلمانـان نیکوست نزد خداوند نیز نیکو است وآنچه نزد ایشان زشت است نزد خدا نیز ناپسند بشمار میرود».

٤ـ خرد وعقل : چون از خرد بدور است که کلیهٔ مجتهدان و قانون دانان

---

۱ـ سورهٔ نساء(۴) ۵۹ .

۲ـ آل‌عمران (۳) ۱۰۳ و ۱۱۰ ، بقره (۲) ۱۴۳ ، توبه (۹) ۱۱۹ .

۳ـ ابن‌حزم گوید این حدیث در معنی صحیح است اگر لفظ وسندش صحیح نیست ، (الاحکام ج۴ ، ص ۱۳۳) . وهمین نکته را مناوی درکنوز الحقائق ( ص ۱۳۸ ) از ابن ابی عاصم نقل‌کرده است .

۴ـ به‌نقل سیوطی در الجامع‌الصغیر ، شمارهٔ ۱۰۰۰۴ از ترمذی.

۵ـ برخی چون آمدی درالاحکام ، ج ۱ ، ص ۱۱۲ ، این‌سخن‌را حدیث‌دانسته‌اند، ولی این نظر اشتباه است واین سخن از عبدالله‌بن مسعود است . بطوریکه سخاوی درالمقاصد الحسنة و علائی و سایرین روشن نموده‌اند . احمد آنرا درکتاب السنة آورده است . رجوع شود به‌شرح الحموی علی‌الاشباه (ج ۱ ، ص ۱۲۷) ، وشرح المجامع (ص۳۰۸) .

بر امری بخطا اتفاق کنند و یکی از آنان هم به‌حقیقت قضیه پی نبرد .

**معنی اجماع و شروط آن**

اجماع نزد جمهور دانشمندان اتفاق و یگانگی نظر جمیع مجتهدان‌اسلامی است برحکمی در زمانی از زمانها . بنابراین فقط عمل اهل‌مدینه برای حصول‌این منظور کافی نیست برخلاف نظر امام مالك که مدینه را دارهجرت و خانهٔ صحابه و همچنین اهل مدینه‌را عارف به‌وحی واحوال صاحب شریعت‌میدانند و از اینرواجماع ایشان را به‌تنهائی حجت میدانند ، چه‌پیامبر ﷺ گفته : «انما المدینة کالکیر تنفی خبثها وینصع طیبها ... وهی المدینة تنفی الناس کما ینفی الکیر خبث الحدید[1] ــ همانا مدینه چون دمهٔ آهنگری است که ناخالصی‌ها را ازبین میبرد وخالص‌وپاکیزهٔ آنرا عرضه میدارد وهمچنانکه دمهٔ آهنگری زنگ آهن را برطرف میسازد مدینه نیز مردم را پاکیزه میکند» .

وهمچنین بنابر مذهب مختارلازم نیست که‌اجماع‌فقط از طرف صحابهٔ‌پیغمبر شده باشد بلکه اجماع دیگران نیز مقبول است گرچه احمدبن حنبل و داودظاهری با این نظر مخالفند واجماع را مختص به‌صحابه میدانند[2] و نیز تنها اتفاق خلفای راشدین اجماع محسوب نمیشود مگر درصورتیکه بااتفاق‌آنان کسی مخالفت‌نکند. بانظر اخیر نیزقاضی ابوحازم حنفی ، دریکی‌از دو روایت منقول مخالفت کرده‌اند واین دو نفر باستناد حدیث شریف «علیکم بسنتی وسنة الخلفاء الراشدین[3] ــ بر شما

۱ــ الموطأ وشرح‌آن تنویر الحوالك (ج ۲ ، ص۲۰۱-۲۰۲) ، والبخاری وشرح‌آن از عینی (ج ۱۰ ، ص ۲۴۵) ومسلم وشرح آن از نووی (ج ۹ ، ص ۱۵۳) .

۲ــ اعلام‌الموقعین (ج ۱ ، ص ۲۴) ، والاحکام از ابن‌حزم (ج ۴ ، ص۱۴۷).

۳ــ پاره‌ای از حدیثی است که احمد وترمذی و ابوداود سجستانی روایت‌کرده‌اند .

باد به‌پیروی کردن‌از سنت من و سنت خلفای راشدین » اجماع این خلفاء را قبول دارند.

اجماع یا با ابداء رأی بصورت روشن و واضح و یا با سکوت حاصل میشود بدینمعنی که یکی‌از مجتهدان در مسأله‌ای‌نظریه‌ای صادر کند و کلیهٔ مجتهدان‌عصراز آن نظریه اطلاع پیدا کنند وخلاف‌آن سخنی نگویند . اکثریت اصحاب ابوحنیفه این چنین اجماع را حجت دانسته‌اند ولی شافعی آنرا تأیید نکرده است وآمدی در این‌خصوص میانه‌روی کرده و گفته‌است که اجماع سکوتی موجب ظن‌است واستدلال بدان موجب قطع نیست[1] . این بود خلاصهٔ‌آراء مذاهب سنی در اجماع . اما شیعیان اجماعی‌را می‌پذیرند که ازخاندان پیغمبرسرچشمه بگیرد ویاپیشوای معصوم‌مجتهدان در اجماع آنها شرکت کند بنابراین اجماع نزدآنان اتفاق رأی دانشمندان است بنحویکه مشتمل برقول معصوم علیه‌السلام باشد.[2] دقت در مراتب بالا میرساند که تمام قضایائیکه در کتاب وسنت منصوص نیستند ویا نص موجود ظاهر و روشن‌نیست، اجماع میتواند با تأثر ازآراء مجتهدان وقت ، نظرشریعت اسلام‌را بحسب تغییرزمان وعرف روشن سازد.

---

۱ـ الاحکام ، ج ۱ ، ص ۱۳۰ .

۲ـ حل‌العقود لعقدالفحول ازمحمد باقرمرتضی طباطبائی(چاپخانهٔ تبریزی ، ۱۲۹۱ هجری ، ص ۴۴ ) وکتاب عناوین الاصول از شیخ محمد مهدی کاظمی (بغداد ، ۱۳۴۲ ه ، ج ۲ ، ص ۷)وکتاب‌التقریر والتحبیر(ج۳ ، ص ۹۸).

تجاوزات‌را مهار کند، ارکان‌جامعه از هم میپاشد.[۱]»

هر کس در تاریخ تحقیق و تتبع کند قوانین «مقررات مؤید عدل و نظام در جامعه» زمانهای پیشین را آمیخته به‌عادات موروثی قبائل می‌بیند و متوجه میشود که قانون در عصر قدیم از سایر عادات اجتماعی و مذهبی و اخلاقی و غیر آنها جدائی نداشته است و این مزج و اختلاط یك حقیقت تاریخی است که مورد قبول همگی پژوهندگان در تاریخ حقوق میباشد مانند ماین انگلیسی[۲] و دوکولانژ فرانسوی[۳] که در این نکته غور نموده و با اقامهٔ شواهد مأخوده از تاریخ هند قدیم و یونان و روم وسایر ملل قدیمه صحت آنرا به‌بهترین وجهی که بتواند هر نوع رأی مخالفی را (مانند رأی دیاموند نویسندهٔ انگلیسی)[۴] ابطال‌نماید ثابت کرده‌اند. عادات‌مذکور همانند بساطت‌وسادگی حیات اجتماعی بسادگی آغاز شده است. و ضمانت‌اجرائی آنها به‌افکار عمومی وتسلط رئیس معنوی قبیله واحیاناً به‌قدرت افراد با توجه‌بقاعدهٔ «الحق‌للقوة» بستگی‌کامل داشته است.

این امر با پیشرفت تمدن بشری تغییر نموده و ارتباطات بین مردم ازدیاد یافته و روز بروز تودرهم و پیچیده شده و احتیاج مبرمی بوجود قوانین روشنی که حقوق و حدود را تأمین نماید احساس گردیده‌است. بالنتیجه قوانین اجتماعی از دیگر عادات جدا شده و دولت‌ها جانشین رؤسای قبایل شده‌اند، و اجرای قوانین را بدادگاهها ونیروهای اجتماعی سپرده‌اند.

---

۱ـ مقدمهٔ ابن خلدون، چاپخانهٔ بهیه، مصر، ص ۳۵، ۱۶۲، ۱۶۳، ۳۱۴.

۲ـ «قانون قدیم» (*Henry-Sumner Maine's Ancient Law*).

۳ـ «شهر قدیم» (*La Cité Antique de Fustel de Coulanges*).

۴ـ بکتاب «قانون‌العصورالاولی»، لندن، ۱۹۳۵. (*Diamond's Primitive Law*) و نقد این‌کتاب در ص۱۵ مجموعهٔ قوانین سال ۱۹۳۵ انگلستان رجوع شود.

# فصل پنجم

## قیاس

### معنی قیاس

باانتشار فتوحات وتوسعهٔ کشورهای اسلامی و با گذشت زمان متدرجاً مسائل وموضوعات تازه‌ای خودنمائی کرد که در کتاب وسنت، پیشینه نداشت وازاجماع نیز بر خوردار نبود . فقیهان برای حل این قبیل مسائل ناگزیر چنگ بدامن خرد و منطق و رأی زدند ولی در پیروی از خرد چندان آزاد نبودند بلکه رعایت احکام و قواعد علمی چندی ضروری مینمود . بدینجهت باب قیاس بوجود آمد و منبع چهارم احکام شریعت اسلام شناخته شد .

قاعدهٔ اصولی براین جاری شد که هرحکمی متضمن مصالح ومقاصدی است و همین مقاصد و مصالح است که علل احکام وباعث وجود قوانین هستند . پس اگرما بتوانیم علت صدور حکمی را در مورد منصوص دریابیم میتوانیم در موارد دیگر کـه دارای همان علت است نظیر مسألهٔ نخست بقیاس حکم کنیم .

چون حرمت‌شرب خمر منصوص است وعلت تحریم خاصیت مست کننده‌بودن

آنست بنابراین نبیذ[1] را درصورتیکه فرض کنیم که بصراحت تحریم نشده باشد بلحاظ وجود علت جامع یعنی مست کنندگی باید حرام دانست[2] و نیز در مواردیکه علت حرمت یعنی مست کنندگی منتفی شود حرمت نیز از میان میرود .

مثال دوم ــ بموجب قانون اسلام بیمار در مرض منتهی بمرگ از تصرفاتی که بزیان ورثه یا بستانکاران باشد ممنوع است خصوصاً درمورد اقرار وبخشش . و علت این ممنوعیت مبتنی براحتمال مرگ است بنابراین حقاً این حکم درموردشخص محکوم باعدام یا کسی که بمیدان مبارزه و جنگ میرود و مانندهای آن نیز باید عملی شود .

مثال دیگر : دیوانه از لحاظ تصرفات مالی در حکم صغیر غیر ممیز ومعتوه درحکم صغیر ممیز است و این بملاحظهٔ قیاس در علت آنها است چه نداشتن عقل و ادراك علت حکم دوم است[3].

فقیهان در قیاس عکس نیز بهمین راه رفته‌اند ودر مواقعیکه علل و اوصاف مؤثر در مورد تازه با اسباب و علل مورد منصوص متحد نباشد حکم مسألهٔ منصوص را شامل مورد تازه نکرده‌اند .

پس قیاس در اصطلاح بر دو گونه است : قیاس طرد و قیاس عکس . اولی «برابر گردانیدن فرع است با اصل از جهت وجود علت مستنبطه از اصل در فرع»[4]

---

۱ــ در حقیقت نبیذ وکلیهٔ مسکرات به‌نص حدیث «کل مسکر خمر وکل خمر حرام» حرامند (صحیح مسلم ج ۶ ، ص ۱۰۱) .

۲ــ الفروق از قرافی (ج ۲ ، ص ۳۵).

۳ــ بکتاب النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة ، ج ۲ ، ص۱۱۷ و ۱۳۶ رجوع شود .

۴ــ برحسب تعریف آمدی در احکام، ج ۳ ، ص ۶ ، ابن حاجب آنرا چنین تعریف کرده است: «برابری فرع و اصل درعلت حکم» و بیضاوی در المنهاج میگوید که «اثبات *

ولازمهٔ این کار الحاق چیزی است به‌همانند خود وبرابر نمودن آندو است به لحاظ یگانگی علت . ودومی «استخراج حکمی است نقیض آنچه در دیگری است به‌لحاظ افتراق درعلت»[۱]. کلمهٔ قیاس بطور مطلق بر نوع اول که شایع ومهم‌تر است دلالت دارد ومعنی این نوع از قیاس در واقع همان اندازه گیری و همانندی در حکم است که با معنی لغوی نیز هماهنگی دارد.

ادلهٔ قیاس

قیاس نیز یکی از موجبات اختلاف میان مذاهب اسلامی است . شیعهٔ امامیه[۲] و داود ظاهری و پیروانش[۳] ازقیاس دوری‌جسته ولی جمهور فقیهان وشیعهٔ زیدیه آنرا پذیرفته‌اند[۴] .

همچنین جمهور فقها در اندازهٔ اعتقاد به قیاس باهم متفق‌القول نیستند بلکه اهل رأی یا مدرسهٔ عراق در قیاس به‌توسع قائل‌اند بطوریکه بنظر برخی ازحنفیان مجرد همانند بودن در صفات را بدون توجه به‌علت برای قیاس کردن‌کافی‌دانسته‌اند در صورتیکه اهل حدیث یـا مدرسهٔ حجاز در این مورد بسیار سختگیری نموده‌اند حتی تا جائیکه احمد بن حنبل حدیث مرسل و ضعیف را بر قیـاس ترجیح داده و استعمال قیاس‌را فقط بهنگام ضرورت‌جایز دانسته‌است[۵]. موضوع قیاس‌جدال‌بزرگی

* مثل حکم معلوم است در معلومی دیگر بجهت اشتراک آنـدو در علت حکم بعقیدهٔ مثبت » نهایة السول اسنوی (ج ۳ ، ص ۲) .

۱ـ بموجب تعریف آمدی در الاحکام (ج ۳ ، ص ۴) .

۲ـ حل‌العقول (ص ۵۳) .

۳ـ الاحکام از ابن‌حزم (ج ۷ ، ص ۵۳ـ۵۶) .

۴ـ نهایةالسول از اسنوی (ج ۳ ، ص ۸) .

۵ـ اعلام الموقعین (ج ۱ ، ص۲۵ـ۲۶) .

میان مخالفان و موافقان آن ایجاد کرد و هر یك از دو گروه بدلائلی بشرح زیر استناد کرده‌اند .

مخالفان قیاس مدعی هستند که نیازی بدان ندارند، چه قرآن حکیم بموجب آیات کریمهٔ «ونزلنا علیك الکتاب تبیانا لکل شیء» ، «مافرطنا فی الکتاب من شیء» ، «وما اختلفتم فیه من شیء فحکمه الی الله»[1] راهی برای قیاس باقی نگذاشته است.

ثانیاً قیاس حکم ظنی است و نمیتوان بدان اعتماد کرد چه «وان الظن لایغنی من الحق شیئاً»[2] و گفتار پیغمبر است که « اعظمها فتنة علی امتی قوم یقیسون الامور برأیهم فیحلون الحرام و یحرمون الحلال »[3]- بزرگترین فتنه بر امت من گروهی هستند که کارها را به رأی خود مقایسه میکنند و حرام را حلال و حلال را حرام مینمایند . و برخی صحابه و تابعان قیاس را ناپسند شمرده‌اند و بالاخره نتیجه میگیرند که قیاس مایهٔ اختلاف رأی و پراکندگی و تشتت در مذهب و اجتهاد میگردد .

اما ادلهٔ جمهور فقها برجواز عمل به قیاس عبارتند از :

نخست در قرآن آیاتی مانند «وتلك الامثال نضربها للناس وما یعقلها الا العالمون» ، «فاعتبروا یا اولی الابصار»[4] وجود دارد . تشخیص امثال واعتبار وقتی ممکن است که با اندازه گیری وسنجش و نیز با توجه بامور دیگر همراه باشد وقیاس هم چیزی از این گونه است .

دو دیگر سنت . بطوریکه در حدیث شریف آمده است : « انما اقضی بینکم بالرأی فیمالم ینزل فیه وحی» ،(در مواردیکه وحی نازل نشده‌است درمیان‌شما به‌رأی

۱- سوره‌های نحل (۱۶) ۸۹ و انعام (۶) ۳۸ وشوری (۴۲) ۱۰ .
۲- سورهٔ نجم (۵۳) ۲۸ .
۳- اعلام الموقعین (ج ۱ ، ص ۲۱۷ وما بعدآن).
۴- سورهٔ عنکبوت (۲۹) ۴۳، حشر (۵۹) ۲.

قضاوت میکنم) . وهمچنین روایت شده که پیغمبرا کرم (ﷺ) به‌ابن مسعود گفت : «اقض بالکتاب و السنة اذا و جدتهما فاذا لم تجدالحکم فیهما اجتهد رأیك» (موافق کتاب وسنت قضاوت کن، هر گاه آن دو را یافتی وچنانچه حکمی درآن دو نیابی رأی خودرا بکار انداز) . ونیز به‌معاذ وابوموسی اشعری به‌هنگامیکه آنان رابدادرسی در یمن میفرستاد همین معنی را سفارش کرد[1] . ونیز روایت شده است که زنی‌ازقبیلهٔ جهینه بمحضر پیامبر رسید و گفت «مادر من نذر کرده بود که حج کند و به‌نذر خود وفا نکرد ومرد . آیا من بجای اوحج کنم ؟ گفت آری تو بجای او حج کن . اگر مادرت بدهی میداشت مگر نه‌این است که بدهی او را میپرداختی . پس حق خدا را بجای‌آور زیرا خداوند سزاوارتر است به وفا»[2] و استدلال کرده‌اند که پیامبر قضاء فریضهٔ حج را بروجوب اداء دین قیـاس کرد .

سه دیگر اینکه صحابه براستعمال قیاس اجماع کرده‌اند وازآنجمله عمربن‌خطاب است که بابوموسی اشعری نوشت « امثال و اشباه را بشناس و در امور قیاس کن»[3] همچنین روایت شده که عمر از صحابه کیفر شرابخواری را پرسید و علی‌ابن

---

۱ـ الاحکام آمدی (ج ۳ ، ص۷۷ ببعد). حدیث معاذ مرسل‌است وآنرا احمد وابو-داود وترمذی نقل‌کرده‌اندکه چون معاذ به‌قضاء یمن منصوب شد پیامبر از وی پرسید «بر چه مبنی حکم‌میکنی، گفت‌بموجب‌کتاب خدا، گفت اگر درآن چیزی نیافتی ، گفت بسنت رسول خدا، گفت‌اگر درآن نیز نیافتی ، گفت با نظر خود اجتهاد میکنم» وپیامبرآنرا تأییدکرد . در مورد تردیدی‌که بعضی از دانشمندان در صحت این مطلب نموده‌اند به‌تاریخ الفقه‌الاسلامی از دکتر عبدالقادر (ج ۱ ، ص ۷۰ و ۲۱۰)رجوع‌شود.

۲ـ وبهمین معنی روایت شده‌است از دختری خثعمی‌که درمورد حج از طرف پدرخود چگونگی را از پیامبر پرسید . رك به‌بخاری شرح عینی ، ج ۱۰ ، ص۲۱۲و۲۱۴.

۳ـ در مبحث اجتهاد از اختلافاتی در این عبارت منقول از عمر شده است بـا توجه بمصادرش سخن بمیان خواهدآمد .

ابیطالب گفت «حد مفتری را بر او باید جاری کرد» یعنی هشتاد تازیانه، چه « کسی که شراب خورد مست میشود و اگر مست کرد هذیان میگوید وزمانی که یاوه گوئی نمود افتراء میگوید»[۱] اینجا هم شرب مسکر به افتراء قیاس شده است .

چهارم آنچه را که مخالفان قیاس میگویند قیاس رأیی است که بدلخواه صادر میشود واین قیاس باطل است . قیاس صحیح و قابل قبول آن است که مستند به‌علتی حقیقی و آشکار باشد. در این صورت قیاس‌را معارضه‌ای با نصوص نیست زیرا حدیث منقول صحیح نفیاً و اثباتاً همراه بامعقول صحیح میباشد[۲].

**ارکان قیاس و شروط آن**

قیاس چهار رکن دارد : اصل یا مقیس‌علیه وفرع یا مقیس وحکمی که قیاساً جاری میشود وعلت یاوصفی که مقیس ومقیس‌علیه هردو درآن شریکند وعلت قیاس بشمار میرود .

در مثالی که قبلا یاد کردیم شراب اصل ونبیذ فرع و مست کننده بودن علت وتحریم حکم شرعی است .

بنابر قول مختار صحت قیاس مشروط براینست که صفات‌زیر را دارا باشد:

نخست آنکه علت یعنی انگیزه همان باشد که شرعاً منظور نظر بوده است . علت باید آشکار وفی‌حد ذاته کامل باشد نه‌پنهان ومتشتت[۳] .

---

۱ـ آنرا مالك در الموطأ روایت کرده است (نگاه‌کنید به شرح‌آن، تنویر الحوالك، ج ۲ ، ص ۱۷۸) وسایرین هم باختلاف در لفظ آنرا روایت‌کرده‌اند.

۲ـ اعلام الموقعین (ج ۲ ، ص ۲۴) .

۳ـ الاحکام ازآمدی (ج ۳ ، ص ۱۲ ببعد).

دوم وحدت علت در مقیس و مقیس علیه چه مجرد شباهت در اوصاف قیاس را جائز نمیکنند. زیرا وقتی میتوان چیزی‌را درحکم بچیزی دیگر ملحق کرد که از تمام جهات ومراتب و رواتب با یکدیگرمساوی باشند[۱].

سوم اینکه حکم اصل یا مقیس علیه عمومیت داشته باشد و قیاس به واقعه‌های خاص وامور استثنائی جائز نیست. در قواعد المجامع آمده است که «نص برخلاف قیاس فقط به‌مورد خودمنحصر است» وهمچنین قاعدهٔ کلی منقول درالمجله (مادهٔ ۱۵) حاکیست که«آنچه برخلاف قیاس جاری گردد نمیتوان چیزی را بر آن قیاس کرد[۲]» این‌معنی باقاعدهٔ معروف حقوق جدید که میگوید «موارد استثنائی را به‌سختی میتوان تفسیر کرد» مطابقت دارد[۳].

مثلا نصاب گواهی در المجله دومرد یا یك مرد و دو زن[٤]است ولی از پیامبر روایت شده است که گواهی خزیمة‌بن‌ثابت انصاری را بمنزلهٔ گواهی دومرد[۵] دانست یعنی تنها شهادت خزیمه را برای اثبات قضیهٔ معروضه برخلاف قیاس کافی شمرد.این استثناء مخصوص خزیمه است و جمهور فقیهان بدان قیاس ننموده[٦] و گواهی شاهد

---

۱ـ قاعده ایست کلی که در مجامع الحقایق آمده است. مراجعه کنید به شرح آن، منافع الدقایق (ص۳۲۲).

۲ـ المجامع وشرح‌آن المنافع (ص۳۳۱ـ۳۳۲).

۳ـ *Exceptiones strictissimae interpretantur.*

۴ـ مادهٔ ۱۶۸ از المجله‌که شرح‌آن خواهد آمد.

۵ـ بروایت بخاری (رجوع‌کنید بشرح‌آن از عینی ج ۱۴ ص ۱۰۴) ونیز این‌حدیث در مسند امام حنبل چنین آمده است: شهادت خزیمه برله یا علیه هر کس کافیست ( نگاه کنید به‌کنوز الحقایق فی‌حدیث خیرالخلائق از امام مناوی، مصر، ۱۳۰۵ ه ،ص۱۱۸).

۶ـ عده‌ای از قضات سلف بر این رفته‌اند که اگر راستی‌گواهی گواه واحد معلوم شود بدون سوگند پذیرفته است واین قیاس به‌حدیث خزیمه‌است (الطرق الحکمیة‌فی‌السیاسة*

واحدی، جز اورا نپذیرفته‌اند.

نتیجه اینکه قیاس دلیل صحیح ومعتبری شمرده نمیشود ، مگراینکه دارای شروط معینی باشد وبرقواعدی علمی ومنطقی استوار گردد .

* الشرعیة از ابن‌قیم جوزیه مصر، ۱۳۱۷ ه ، ص ۷۵ و در باب بینات از این کتاب مفصلا بیان خواهد شد .

# فصل ششم

## ادلهٔ شرعی دیگر

### انصاف وخیر مطلق

شرح منابع چهار گانهٔ حقوق اسلامی که مورد توافق جمهور فقها بود درفصل پیشین گذشت ودیدیم که نخستین منبع قانونگذاری در اسلام نص وسپس رأی‌است.

نص اعم از کتاب یاسنت بردیگر دلایل‌مقدم است و کلیهٔ مذاهب بر آن‌متفقند وبه‌هنگام نبودن‌نص، رأی مورد توجه قرار میگیرد ودر رجوع به‌رأی، نخست‌به‌رأی مورد اجماع مجتهدان یك دوره وزمان یعنی «اجماع» باید توجه کرد وسپس به‌رأی مبتنی‌برقیاس؛ البته باهمان شروط وحدودی که قبلا گذشت.

در فصل گذشته آغاز اختلاف فقیهان در مورد شرائط پذیرفتن حدیث‌واجماع وقیاس هم گفته‌شد، اماباید دانست که‌اختلاف آنان درمواردیکه برای اعمال‌هیچیك از ادلهٔ چهار گانهٔ مذکور جائی نباشد بیشتر شدت دارد چه برخی بمنابعی دیگر تمسك کرده‌اند که اساساً نزددیگران قابل‌قبول‌نیست، مانند استحسان‌ومصالح‌مرسله و استصحاب.

همگی این منابع تازه برپایهٔ رأی و بکار انداختن عقل و خرد و مطالعهٔ علل

احکام و پیروی ازمقتضیات مردم درحیات اجتماعی آنها و«مراعات نزدیکترین چیز به‌خیر مطلق»[1] وعوامل دادگری وانصاف بنا شده‌اند.

دادگری حقیقی وانصاف، اساس قانونگذاری اسلامی است چه قانونگذاری اسلام از سرچشمه‌ای الهی ملهم و مشتمل برقواعد دینی و اصول اخلاقی و معاملات اقتصادی است وطبیعی است که این احکام با یکدیگر آمیخته میشوند و از یکدیگر متأثر میگردند همچنانکه طبیعی است که این‌اصول وقواعد و ادله و بررسی‌های آنها در یك راه بکار افتاده ودرس‌ها یگانه گشته ودرنفوس ریشه دوانیده بطوریکه‌مراعات آنها خشنودی خدا وخلق را بصورت خاصی جلوه گر میسازد.

بدینجهت است که دادگری و نیکوکاری در یك آیه « ان الله یامر بالعدل و احسان»[2] جمع و چنان بهم‌آمیخته شده‌اند که گوئی مترادف یکدیگرند و وظیفهٔ هرفرد بمقتضای عدالت اینست که از زیان رساندن به برادر دینی خودداری کند و آنچه را که برای خود نمی‌پسندد برای‌دیگران نیز روا ندارد ودر معاملات راستی و صفا پیشهٔ خود سازد وبالاخره نیکوکاری وجوانمردی و گذشت از تجلیات استیفاء حقوق برادری در اسلام بشمار میرود[3].

بنابراین وقتی در چهارچوبهٔ منابع چهارگانه حکم موضوعی را نتوان یافت توجه اجتهاد به روح شریعت و انگیزه های بزرگ آن یعنی عدالت حقیقی معطوف میگردد که قوانین بشری هرچه پیشرفت کند باز هرگز بدان راه نمیرسد.

---

۱ــ حجةالله البالغة از احمد عبدالرحیم معروف به‌شاه ولی‌الله چاپخانهٔمنیریه۱۳۵۲ه (ج۱، ص ۱۷).

۲ــ سورهٔ نحل (۱۶) ۹۰.

۳ــ احیاء علوم‌الدین از غزالی چاپخانهٔ عثمانیهٔ مصر، ۱۳۵۲ ه (ج ۲، ص۶۶ و ۷۵).

**معنی قانون**

ریشهٔ کلمهٔ قانون یونانی است[۱] که‌از راه زبان سریانی[۲] وارد زبان عرب شده است ودر اصل بمعنی «خط کش» بکار رفته وبعد بمعنی «قاعده» بر گشته و امروز در زبانهای اروپائی بمعنی شریعت کلیسائی استعمال میگردد[۳].

قانون در لغت عرب مقیاس و معیار هر چیزی[٤] را گویند که بتعبیر کلی‌تر در آمده وبهر قاعدهٔ کلی الزامی‌اطلاق شده‌است، فی‌المثل گفته میشود: قانون‌بهداشتی، قانون طبیعی و غیره[۵]. اما در اصطلاح کمتر مورد استعمال فقیهان مسلمان بوده است وآنان بجای قانون کلمات : شرع ، شریعت و حکم شرعی بکار برده‌اند و بزودی در این خصوص سخن بمیان‌خواهد آمد . درحال‌حاضر قانون سه معنی اصطلاحی‌ذیل را افاده میکند :

معنی اول عمومی‌است ومنظور از آن کلیهٔ قوانین مدونه یاهمهٔ احکام‌شریعت[۶] میباشد . مثلا گفته میشود قانون جزای عثمانی و قانون « موجبات و عقود لبنان » و غیره .

---

۱ـ *Kanôn* . دائرةالمعارف اسلامی تحت‌کلمهٔ *Kanun* .

۲ـ بنابنگارش تاج‌العروس (ج ۹ ، ص ۳۱۵) کلمهٔ قانون رومی ( یونانی ) یا فارسی است وبنا بنوشتهٔ محیط المحیط ، سریانی‌است . حق اینست که‌کلمهٔ قانون‌یونانی است وزبان عرب آنرا مانندکلمات دیگر یونانی از طریق زبان سریانی گرفته است.

۳ـ *Canon Law, Droit Canonique*.

۴ـ ابن منظور ، لسان‌العرب ، ج ۷ ، ص ۲۲۹ و فیروزآبادی ، قاموس المحیط ، ج ۲ ، ص ۲۶۹ ، این‌کلمه بیکی از آلات موسیقی شرقی هم اطلاق میشود .

۵ـ غزالی در المستصفی من علم الاصول ، مصر ۱۹۳۷ ، ج۱ ، ص ۸ از قوانین‌حد باین معنی طرح سخن نموده است .

۶ـ *Codex, Code.*

از زمانهای پیشین اصل انصاف[1] درتاریخ قوانین روم وانگلستان نقش درخشانی داشته است و قاضی القضاة رومان «پریتور»[2] وقضات دادگاههای عدالت انگلیسی[3] قوانین را تعبیر و تعدیل مینمودند و موارد نقص آنها را برطرف کرده[4] و آنها را با مقتضیات زندگی ومبادی حق وفق میدادند .

اینك میخواهیم باقی منابع حقوق اسلامی را بطور اختصار شرح داده وبحث را بسوی تغییر احکام ومغایرت اجتهاد با نصوص معطوف داریم .

**استحسان**

بطوریکه گذشت امام اعظم ابوحنیفه نعمان و پیروان او در عمل به رأی بـه توسع قائل بودند وبه‌مقتضای آن در عمل به‌قیاس مبالغه کردند تاجائیکه آنرا میزان ومأخذ کلیهٔ احکام منصوص و غیر منصوص قرار دادند .

ولی اگر دلیلی نیرومندتر از قیاس در کتاب یا سنت یا اجماع دیده می‌شد قیاس ظاهـر آشکار را تـرك می کردند و از روی استحسان بدلیل قوی‌تر تمسك میکردند .

برای روشن‌شدن‌مطلب نمونه‌های‌زیرین‌آورده میشود : قاعده براین‌جاریست که خرید و فروش هرچیز معدوم یعنی آنچه هنگام عقد وجود ندارد باطل است[5] با در نظر گرفتن این قاعده باید قیاساً عقد اجاره که در واقع خرید وفروش منافع‌غیر

۱– *Aequitas, Equity.*

۲– *Praetor.*

۳– *Chancery Courts.*

۴– *Aequitas correctio legis generaliter latae, quâ Parte deficit.*

۵– مادهٔ ۲۰۵ از مجله .

موجود[۱] است باطل تلقی گردد. در صورتیکه به‌نص کتاب و سنت و اجماع اجـاره عقدیست صحیح. بنابراین باتوجه بدلائل فوق که‌ازقیاس قوی‌ترند از روی‌استحسان از عمل قیاس صرفنظر شده است.

یا مثلا در موردیکه کسی از دیگـری بخواهد تاکاری از قبیل ساختن زورق و امثال آنرا در برابر ثمنی برای او انجام بدهد این عقدمربوط به‌چیزی است که در موقع ایجاد عقد معدوم است پس از روی قیاس چنین عقدی باطل‌است ولی‌بدلیل سنت جاری ومعمول‌جائز شمرده میشود وبموجب اجماع این‌قبیل از عقود ومعاملات عملی میگردد، از اینرو گفته‌اند که باید از قیاس در این موضوع عدول کرد و از روی استحسان بجوازآن قایل شد. وبهمین روش‌بیع سلم‌یعنی خرید چیزی‌مدت‌دار در برابر ثمن نقد مجوز پیدا میکند[۲].

این استدلال، یعنی عدول از مقتضای قیاس بعلت وجود دلیلی نیرومندتر از آن، مورد قبول دیگر فقیهان نیز قرار گرفته است. گرچه عده‌ای معترض‌اند کـه نباید تنها باستحسان قناعت کرد و بـه‌دیگر ادله توجهی ننمود[۳]. و دستهٔ دیگر باین علت استحسان را نامقبول دانسته‌اند کـه (در شریعت چیزی برخلاف قیاس وجود ندارد وچنـانچه حکمی مخالف قیاس بنظر آید یا قیاس فاسد است و یـا حکم از قانونگذار واقعی‌وحقیقت شریعت سرچشمه نگرفته است)[۴].

بهرصورت‌اگر تنها به‌تفسیر وتأویل کلمهٔ‌استحسان اکتفا میشد قطعاً بامخالفتی

---

۱ــ بخلاف شافعی‌که آنرا مال منقول میداند (المبسوط ج ۱۱، ص۷۸).

۲ــ رك به‌ماده‌های ۱۲۳ و۳۸۰ مجله.

۳ــ غزالی، المستصفی، (ج ۱، ص ۱۳۹).

۴ــ اعلام الموقعین (ج ۱، ص ۳۳۵) ومجموع رسائل الکبری از ابن تیمیه (مصر، ۱۳۲۳ه، ج ۲، ص ۲۱۸).

جدی روبرو نمیگردید ومجبور نمی‌شدند ازمعنای حقیقی ولغوی آن صرف نظر کنند؛ چه استحسان مصدر وبمعنی چیزی را نیك‌شمردن وپسندیدن است وبیشك همهٔ فقهاء تقدیم نص و دلیل اقوی را برسایر دلائل مستحسن شمرده‌اند.

اما سبب خلاف در این است که حنفیان استحسان را در مفهوم قیاس پنهانی در برابر قیاس آشکار (که شرح آن گذشت) بکار میبرند وچنان میگویند «استحسان دلیلی است که در ضمیر مجتهد روشنائی می‌بخشد ولی از مساعدت عبارت و لفظ بر خوردار نیست» یا «ترك عمل به‌قیاس وعمل به‌آنچه برای مردم مناسبتر و موافق‌تر است»[1] واینکه قیاس عدم توجه به‌دلیل است برای عمل بعرف یا مصلحت و ضرورت ونیز بمنظوررفع مشقت وسختی. مثلا بیع وفا، بلحاظ نیازمندی مردم‌بدان، جائز است[2]، و استعمال حقی که زیان فاحشی برای دیگری در بر دارد جائز نیست[3]، و هنگام ضرورت ومشقت باید چنین وچنان کرد.

برخی از پیروان مذهب مالك از عمل به‌استحسان در مفهوم «التفات و توجه بمصلحت وعدالت» پیروی کرده‌اند[4] واحمدبن‌حنبل[5] نیز، بقولی، استحسان رابااین مفهوم پذیرفته است، ولی شافعی از قبول آن سرباز زده و گفته است «من استحسن فقد شرع»، (هر کس استحسان کند، تشریع وقانونگذاری کرده است)[6].

---

۱ـ المبسوط از سرخسی (ج۱۰، ص۱۴۵).
۲ـ جامع‌الفصولین (ج ۱، ص ۲۳۶).
۳ـ النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة (ج ۱، ص۴۶).
۴ـ الاعتصام از شاطبی (ج ۲، ۱۱۶ـ۱۲۹) وبدایة المجتهد (ج ۲، ص ۱۵۲).
۵ـ این مطلب در الاحکام‌آمدی (ج ۳، ص ۱۳۶) آمده است، برخلاف آنچه در جمع‌الجوامع سبکی‌دیده میشود (رجوع‌شود به‌شرح‌آن‌ازمحلی باحاشیهٔ بنانی (ج۲، ص۳۶۹).
۶ـ المستصفی (ج ۱، ص ۱۳۷).

شافعی نظر خودرا چنین توجیه میکند : «هر گاه حاکم و مفتی بهنگام نص خبر یاقیاس ، بآنچه مستحسن مینماید فتوی‌دهد، ناگزیر غیراو نیز می‌تواندبخلاف او استحسان نماید ودرنتیجه برای یك‌موضوع احکام متعددصادر گردد . جائزشمردن کار باعث میشود که حکم شرعی بدلخواه باشد وسختگیری در بکار بردن استحسان سبب میشود که ازحکم وفتوی بدلخواه ممانعت بعمل‌آید . اگر کسی بگوید من در امری ترك قیاس را لازم میدانم وبر مردم است که از من پیروی کنند ، از او باید پرسید چه‌کسی مردم را به پیروی از تو فرمان داده است ؟ چنانچه دیگری چنین ادعائی نسبت بتو داشته باشد، آیا از وی اطاعت میکنی ؟ یاپاسخ میدهی که اطاعت نمی‌کنم مگر ازکسیکه مأمور به‌اطاعت او شوم . بهمین دلیل دیگران‌نیز نباید از تو فرمان برند . کسی سزاوار اطاعت است که خدا وپیامبرش باطاعت از او دستور داده‌اند و خدا و پیامبرش به‌پیروی کسی فرمان میدهند که او را به‌نص یا استنباط از دلائل دیگر روشن گردانند . »[1]

ولی‌قائلین باستحسان‌بحکم آیهٔ کریمهٔ «الذین یستمعون القول‌فیتبعون‌احسنه»[2] وحدیث ابن مسعود : «ما رآه‌المسلمون حسناً فهو عندالله‌حسن»(هرچه‌بنظرمسلمانان پسندیده آید نزد خداوند پسندیده است )[3] عمل به استحسان را روا میدانند ولی مخالفان چنین پاسخ میدهند که هیچگونه دلالتی‌براستحسان‌دراین‌آیه وجودندارد و حدیث هم ناظر باجماع است .

برای استحسان تأویل سومی هم کرده‌اند وآن عبارت‌از «چیزیست که‌مجتهد با عقل خود آنرا می‌پسندد و در رأی خود بدان تمایل میکند» . واین تأویل مسلماً

---

۱ــ الام درباب ابطال استحسان (ج ۷ ، ص ۲۷۳ــ۲۷۴) .

۲ــ سورهٔ زمر (۳۹) ۱۸ .

۳ــ کیفیت تخریج آن سابقاً بیان شد.

باطل است چه استناد آن بمیل ودلخواه است ودر رأی مختار حنفیان و نیز درمذهب امام مالك مردود شمرده شده است[1].

### مصالح مرسله

پیشوایان کلیهٔ مذاهب اسلامی براین اصل معتقدند که درعبادات تعبدبفرمان شرع ضروریست و احکام عبادات به ادلهٔ شرع شناخته شده‌اند . در هر حال موضوع عبادات از بحث کتاب مـا بیرون است . و همچنین پیشوایان کلیهٔ مذاهب جز داود ظاهری[2]، اتفاق دارند که قوانین مدنی و امور معاملاتی معقول المعنی و مبتنی بر مصالح ومنافع مردم میباشند[3].

اگر اعتبار یا بطلان مصلحت‌ها را شریعت به نص یا اجماع یا قیاس اعلام دارد، واجب‌الاتباع است ، ولی اگر شریعت دراین امرسکوت کند، یعنی ادلهٔ شرعیه مصلحت امری را بیان نکند جای این سئوال پیش میآید که آیا حق تحقیق درعلت آن را داریم یا نه.

امام مالك آنراجائز دانسته و پی‌بردن بعلل و درك مصلحت‌ها را سرچشمه‌ای برای قانونگذاری شمرده و آنرا «مصالح مرسله» نامگذاری کرده‌است[4]. مصلحتهائی که نصی دربارهٔ آنها نرسیده است و بمعنی استناد باین دلیل ارتباط دادن حکم است

---

۱ـ الاعتصام در محل مزبور وشرح المنار از ابن‌ملك (ص۲۸۵) .

۲ـ بنظر ظاهریان معاملات نیز مانند عبادات تعبدی است ومعنی ومفهوم و حکمت‌آن برما پوشیده است .

۳ـ در محل خود در این‌کتاب روشن خواهد شد .

۴ـ در این خصوص بکتاب الاعتصام ( ج ۲ ، ص ۹۵ ـ ۱۱۶) ، والمستصفی (ج ۱ ، ص ۱۳۹ـ۱۴۴) ، وتبصرة الاحکام (ج ۲ ، ۱۱۷) مراجعه شود .

بمعنی مناسب با آن وموافق با تصرفات شرع ، بعبارت دیگر مصلحت مرسله اعتبار سود ومصلحت اجتماعی ومقاصد شرع و وضع قانون برپایهٔ آن‌هاست .

واین اصل‌جدید سه‌شرط را باید دارا باشد . نخست‌بایدمسأله‌ازمسائل‌معاملاتی باشد نه‌از امورتعبدی، تاعقل بتواند درآن عرض‌اندام کند . دوم مصلحتی که‌تشخیص داده میشود باید با روح شریعت سازگار باشد بصورتیکه تعارضی با هیچ یك از ادلهٔ شرعی نداشته باشد . سوم اینکه مصلحت از قبیل ضروریات یا نیازمندیهای زندگی باشد نه‌از قسم کمالیات ، چه ، دستهٔ اول یعنی ضروریات مربوط به‌صیانت دین وجان وعقل ونسل ومال است . و دستهٔ دوم مربوط به‌هرگونه نیازمندیهای زندگی‌میباشد. ولی دستهٔ سوم یعنی کمالیات به‌امور تزیینی وباصطلاح امروز به‌اشیاء لوکس‌بستگی پیدا میکند .

اینك چند مثال مستند بمصالح مرسله در زیر آورده میشود :

۱ـ وظیفه دار نمودن ثروتمندان به پرداخت هزینهٔ لشکریان برای‌حفاظت کشور .

۲ـ اقدام به‌عقوبت جانیان با پس گرفتن پول از آنها اگر مورد جنایت‌آنها برعین همان مال باشد و یا برمثلش .

۳ـ چنانچه کافران ودشمنان در زمان‌جنگ در برابر مسلمانان سنگربندی کنند واسیران مسلمان را پیشاپیش خود قرار دهند کشتن مسلمانان اسیر به‌هنگام نبرد بملاحظهٔ مصالح جامعهٔ مسلمین وممانعت از پیشرفت دشمن جائز است.

٤ـ امام مالك تجویز کرده‌است که متهم بسرقت را زندانی کنند و پیروان مالك کتك زدن او را هم جائز دانسته اند و بعقیدهٔ ایشان در این‌کار دو فائده وجود دارد ، یکی اینکه متهم‌مال مسروقه‌را نشان دهد ودیگراینکه موجب عبرت‌دیگران

شود . ولی اقرار گرفتن بوسیلهٔ شکنجه‌صحیح و نافذ نیست[1] وچنانچه میدانیم‌درقانون روم وچین‌قدیم‌وقوانین‌اروپا درقرون وسطی زدن متهم جائز بود.[2]

این بود خلاصهٔ دلیل مصالح مرسله در مذهب مالکی که مذاهب دیگر همگی ازآن دوری جسته‌اند مگر برخی از قبیل‌امام طوفی حنبلی که نظریهٔ او بیان‌خواهد شد وهمچنین امام غزالی شافعی که آنرا بنام (استصلاح ) پذیرفته ، بـا وجود این ، استصلاح را منبع ودلیل پنجم برای قانونگذاری ندانسته واستعمالش را فقط بهنگام وجود مصلحت ضروری وقطعی و کلی جائز دیده است .

مثلا غزالی کشتن مسلمانان اسیر را بطوریکه شرح‌داده‌شدبمنظور جلوگیری از غلبهٔ دشمن و کشته‌شدن همگی مسلمانان‌جائز دانسته‌است ، ولی زدن متهم‌بسرقت را بهیچوجه جائز نمیداند چه ، مصلحت زدن متهم با مصلحت‌خود اوتعارض دارد ، زیرا ممکن است متهم بری ومنزه ازتهمت مزبور باشد وشکنجه ندادن به گناهکاری از شکنجه دادن به‌بیگناه سزاوارتر است[3] .

رأی غزالی در این مورد با رأی مختار در مذهب حنفی یکسانست[4] و نظریهٔ موجود در عصرحاضر نیز همین است وحدیث‌شریف «فان الامام لان یخطیء فی‌العفو خیر من ان یخطیء فی‌العقوبة » ، (امام اگر در عفو و گذشت اشتباه کند بهتر است تا در شکنجه دادن راه خطا بپیماید) ناظر بهمین مطلب است[5].

---

۱ـ مگر امام سحنون که صحت چنین اقراری را صحیح دانسته است. رك به‌الاعتصام، در محل مزبور .

۲ـ بکتاب کیتون مبادی اولیهٔ علم حقوق ص ۲۶۹ رجوع شود .

۳ـ المستصفی ، در محل یاد شده .

۴ـ المبسوط (ج۲٤ ص۷۰).

۵ـ سیوطی‌آنرا درالجامع الصغیر شمارهٔ ۳۱۳ بنقل ازترمذی وبیهقی وحاکم وابن*

**استدلال و استصحاب حال**

استدلال مصدر فعل « استدل » است یعنی به جستجوی دلیل پرداختن و آنرا یافتن. ودرموارد بسیاری ازاین کتاب بهمین‌معنی‌بکار رفته‌است و نیز اغلب‌دانشمندان فقه و اصول هم باوجود اختلاف رویه‌هائی که دارندآنرا بمعنی مزبور بکاربرده‌اند. علاوه برمفهوم فوق ، این کلمه در اصطلاح بردلیل عقلی‌مخصوصی اطلاق شده‌است، «دلیلی که نه‌نص است ونه اجماع و نه قیاس»[1]. بااین ترتیب می‌توان معانی‌متعددی برای استدلال فرض کرد و انواع مختلف آنرا مشمول این تعریف دانست . اینک بذکر مهمترین اقسام استدلال که عبارتند از استدلال مطابق قیاس منطقی واستدلال از روی استصحاب حال میپردازیم .

۱ـ استدلال مطابق با قیاس‌منطقی قولیست مرکب ازقضایائی چند که‌صحت آن قضایا مستلزم صحت نتیجهٔ حاصل ازآنهاست . مثلا بیع‌عقد است ورضای‌طرفین رکن اساسی هر عقد بشمار میرود . پس در بیع قصد و رضای طرفین شرط صحت میباشد ، این نوع استدلال مربوط به منطق است و ضرورتی بتفصیل آن در اینجا نیست .[2]

۲ـ استصحاب یا استدلال باستصحاب حال ، عبارت از دلیلی عقلی است که به هنگام نبودن دلیل دیگر مرجع حکم قرار میگیرد . و استصحاب در لغت بمعنی استدامه و در اصطلاح ابقاء یك حالت وجودی یا عدمی سابق است در زمان لاحق

---

* ابی‌شیبه آورده است.

۱ـ جمع‌الجوامع وشرح وحاشیه‌اش (ج ۲ ، ص ۳۵۸) ، و الاحکام آمدی ( ج ۳ ، ص ۱۱۹ ببعد) ، والمستصفی (ج ۱ ، ص ۱۲۷) واعلام الموقعین (ج ۱ ، ص۲۹۴) .

۲ـ در این خصوص به شرح قاضی عضدالدین بر مختصر المنتهی از ابن حاجب ، ۱۳۰۷ ه‍ ، ج ۱ ، ص ۱۷ـ۳۵ رجوع شود .

بعلت عدم ثبوت تغییر در آن . واین اصل مورد تأیید عمل شیعهٔ امامیه[۳] و اکثر اتباع شافعی واحمدبن حنبل میباشد . باچند مثال به‌توضیح این نوع استدلال میپردازیم:

اول ـ استصحاب برائت اصلی . یعنی در مورد واجبات، عقل برعدم وجوب حکم میکند مگر اینکه دلیلی برخلاف آن ثابت شود . و با توجه باین اصل است که در کتاب الاشباه والنظائر[۲] وهمچنین مادهٔ هشتم مجله بعنوان قاعدهٔ کلی «اصل بر برائت ذمه است» آورده شده کـه بموجب آن هر انسانی در یك حال تعادل حقوقی زیست میکند و هیچکس ناگزیر به پرداخت یا انجام عملی نیست مگر بسببی کـه مبتنی بر دلیل قانونی باشد .

دوم ـ استصحاب عموم . بدینمعنی کـه قانون برتمام افراد خود شمول دارد مگر اینکه دلیلی دیگر بعضی‌از افراد را تخصیص دهد . پس حکم عام استثناءناپذیر است مگر بدلیل خـاص.

سوم ـ استصحاب نص که بموجب آن هرنصی بحال خود معتبر است ، مگر آنگاه که با نص یا دلیل‌دیگری نسخ شود .

چهارم ـ استصحاب وصف وحالت ثابت قانونی یا استصحاب گذشته درحال . چنانچه بود یا نبود صفت وحالتی در گذشته ثابت بوده واکنون تردیدی در آن پیدا شود، عقل حکم به‌بقای‌حالت گذشته میکند مگراینکه دلیلی‌برخلاف آن‌اقامه شود. بدین مناسبت است که قاعدهٔ کلی که‌در کتاب الاشباه و النظائر[۳] آمده‌است و نیز مادهٔ پنجم‌مجله‌اعلام میدارد«اصل بقاء شیٔ است‌برحالت سابق‌خود» وبعبارت دیگر که در

---

۳ـ کتاب عناوین‌الاصول ، ج۲ ، ص۴۸ ببعد.

۲ـ کتاب الاشباه سیوطی ، ص۳۹ وابن نجیم ص ۲۳ .

۳ـ سیوطی ص ۳۷ وابن‌نجیم ص ۲۳.

کتاب المجامع[۱] ومادهٔ دهم مجله آمده است ، «آنچه در زمانی ثابت شد ، چنانچه دلیلی برخلاف آن اقامه نشود ببقاء آن حکم داده میشود . و اگر مالکیت کسی بر چیزی ثابت باشد ، بادامهٔ آن حکم میشود مگر دلیل تازه‌ای برخلاف آن پدید آید[۲].»

درتعلیل این نوع استصحاب میان مذاهب شافعی وحنفی اختلاف وجود دارد ومذهب شافعی عدم اثبات تغییر را دلیل براعتبار دوام حالت پیشین میداند. ولی مذهب حنفی میگوید عدم اثبات تغییر نمیتواند دلیل بر بقاء حالت سابق باشد بلکه سبب نفی ادعای تغییر است[۳] . این فرق بین دو مذهب فقط ازلحاظ نحوهٔ توجیه است و گرنه نتیجهٔ هر دو یکسانست .

پنجم ــ استصحاب وارونه یا استصحاب حال نسبت به گذشته، ومعنی‌اش اینست که اگر دریك امروجود یاعدم چیزی درحال حاضر ثابت باشد اعتبار آن بگذشته نیز سرایت میکند مگر دلیلی برضد آن وجود داشته باشد مثلا اگر مطرح شود که فلان نوع معامله یا فلان نوع مکیال معروف که فعلا وجود دارد ، در عهد سابق نیز وجود داشته یا خیر ؟ بموجب این نوع از استصحاب ، پاسخ مثبت است ، مگر دلیل دیگری نافی قضیه باشد، واین امریست ترجیحی .[۴]

**شرایع قدیم**

پیش از پایان سخن در منابع حقوق دلیل دیگری را مطرح میکنیم که در آن اختلاف شده است که آیا شریعت‌های گذشته ، شریعت ما نیز بشمار میروندیانه؟ وآیا اسلام شرایع پیشین خود را بطور کلی نسخ کرده است یانه ؟

---

۱ــ المجامع وشرح آن المنافع ص۳۳۰ .

۲ــ مادهٔ ۱۶۸۳ از مجله .

۳ــ اعلام الموقعین در محل مذکور وشرح المجامع ، ص۳۱۱.

۴ــ الابهاج شرح المنهاج ازسبکی (چاپ شده باشرح الاسنوی) ،ج۳، ص۱۱۱-۱۱۲.

معنی دوم آن شرع وشریعت بمعنی اعم است، مثلا گفته میشود قانون انگلیس یا درس قانون ونظایر آن. کلمهٔ شرع و شریعت درلغت عرب مأخوذ از کلمهٔ شارع میباشد و آن خداوند (عزوجل) مصدر ومنشاء شرع اسلام است وبیانش خواهدآمد.

معنی سوم بصورت خاصی اطلاق میشود بقواعد معاملات الزامی عمومی[1]، مثلا گفته میشود مجلس شورای ملی قانونی جهت جلوگیری از احتکار وضع نمود. قانون بمعنی اخیر بهمعاملات اختصاص دارد و شامل عبادات نمیگردد بخلاف قوانین فقه اسلامی کـه هم در دین و هم در دادرسی بحث میکند[2]. و قانون در این معنی دارای ضمانت اجرائی است و الزامی بودن آن مستند بهتنفیذ حکومت است وعمومیت دارد ونسبت بهقضیه یا شخص معینی وضع نمیشود بلکه برای همهٔ مردم یا عدهای ازآنها بدون استثناء وتخصیص وضع میگردد واز این حیث با حکم قاضی مغایرت دارد.

استعمال کلمهٔ قانون در زمان حکومت عثمانی بیشتر بهاحکام صادره ازطرف دولت بکار میرفت تاآنهارا از احکام شرع حنیف که مبتنی بر ادلهٔ معروفهٔ خودمیباشد جدا کندچه امکان دارد در مسألهای حکم شرع با قانون موضوعه منافات داشته باشد، مثلا ربا درشرع حرام است ولی در قانون مباح.

کلمهٔ شرع بمعنی قانون نیز بکار رفته است و گویند شرایع اسلام[3] یعنی قوانین اسلام و دانشمندان اصول کلمهٔ حکم را بمعنی قانون شرعی و کلمهٔ حاکم را بمعنی

---

۱ـ *Jus, Law, Droit, Recht.*

۲ـ *Lex, a Law, loi, Gesetz* ابوالقاسم بن جزی اهل غرناطه که در اوایل قرن هشتم هجری (۶۹۳-۷۴۱ ه.) یا قرن چهاردهم میلادی میزیسته در کتاب القوانین الفقهیه فی تلخیص مذهب المالکیه طبع فاس ۱۹۳۵ قانون را بهمین معنی بکار برده است.

۳ـ کتاب مشهور در فقه جعفری.

بعقیدهٔ مختار اصولیان کلیهٔ شریعت‌های پیشین بوسیلهٔ شرع اسلام منسوخ شده است ، مگر در مواردیکه نصی برابقایش آمده باشد[1].

دستهٔ مخالف معتقدند که عمل بشرایع سابق که در اسلام دلیلی بر نسخ آنها نیامده است، واجب است ؛ چه ، (سابق باعتبار سابقیت خود استوار است) وچنانچه در المجامع[2] آمده ودر مادهٔ (٦) مجله نقل شده است.

در هرحال فایده‌ای بر این بحث مخصوصاً در امورعبادی مترتب نیست، اما در امور مدنی بطوریکه بعداً گفته خواهد شد ، عادات پیشین درقانونگذاری اسلامی اثر کلی داشته است.

---

١ـ المستصفی (ج١ ، ص ١٣٢) ، والاحکام آمدی (ج ٣ ، ص ١٢٩).

٢ـ شرح المجامع ، ص ٢١١ و ٣٢۶ .

# فصل هفتم

## اجتهاد

**اجتهاد و تقلید**

اجتهاد در لغت رنج‌بردن و تاسرحد توانائی کوشش کردن‌است ودر اصطلاح مصروف ساختن همت و کوشش در پی‌بردن باحکام ودریافتن قوانین شرعی از منابع حقوقی،وتقلید برعکس آن تبعیت از رأی دیگران است بدون فهم وتحقیق شخصی، یا بقول آمدی «عمل بگفتار دیگری است بدون دلیل الزام‌آور»[1].

شریعت اسلامی شریعتی است‌خدائی ومنابع آن بطوریکه بیان‌شد ازمنقولات، یعنی کتاب وسنت ومعقولات یعنی اجماع وقیاس واستحسان واستدلال وغیره تشکیل یافته است. اجتهاد واسطه‌ایست برای استنباط قانون از منابع یاد شده و نیز کوشش دربیان احکام معاملات و نیازهای اجتماعی واز اینرو اجتهاد در تاریخ پیشرفت‌حقوق اسلامی امری ضروری بود.

مجتهدان اگـر نصی در اختیار داشته باشند، بدان عمل میکنند و در غیـر

---

۱ـ الاحکام، ج ۳، ص ۱۶۶.

اینصورت به «رأی» عمل‌میکنند وما نندهارا بهم قیاس کرده ویا به‌استحسان واستصلاح، ودیگر انواع استدلال متشبث میشوند .

همگی مراتب بالا یکسان‌بکار نمیرفت ، بلکه روشهای گوناگون وسلیقه‌های مختلف مذاهب فرق میکرد و از اینرو اختلاف در اجتهاد و مذاهب مختلف پدید آمد ، مخصوصاً در دوران طلائی بنی عبـاس کـه مذهب‌های چهارگانهٔ سنی پدید آمدند ، فقه واصول گسترش یافت.

میان‌فقهاء، مناظرات ومباحثاتی علمی‌اتفاق میافتاد و گاهی کار بدانجامیکشید که اختلاف میان‌اصحاب یك مذهب باپیروان مذهب دیگر از اختلاف پیشوایان آنها با یکدیگر کمتر میشد و در نتیجه نوعی تفاهم و تقریب در نظریـات ایشان پدید می‌آمد .

ولی این پیشرفت‌ها دوام نیافت و متدرجاً رو باضمحلال نهاد ، تا اینکه در اواخر عهد عباسیان و اوائل غلبهٔ مغول بر بغداد در قرن هفتم ، فقهای سنی بلحاظ ترس از منحرف شدن از مبانی شریعت بـرسد باب اجتهاد اجماع کردند و کفایت چهار مذهب معروف‌را اعلام داشتند وسپس مدنیت عرب کم کم رو بقهقرا نهاد وخاك جمود ، چهرهٔ کلیهٔ نمودهای زیبای اجتماعی را پوشانید واجتهاد در فقه بحالت وقفه درآمد وتقلید شیوع یافت . و بدعتهای ناشی از نادانی و مبتنی بر وهم وخیال زیاد شد و خرافات منتشر گردید وتا مدتی پیروی از آنها که علامت پائین رفتن سطح افکار و کجرویهای اجتماعی بودند ، ادامه یافت .

وچه‌بسیار اتفاق می‌افتاد که مقلدان نادان بیك‌سلسله‌امور دور ازخرد ودانش متمسك می‌شدند که بااصول فقهی هیچگونه ارتباطی نداشت وچه بسا که‌خارجیان و خاورشناسان با دیدن این روشهای ناپسند اسلام را دور ازتمدن وترقی‌میپنداشتند . و شاید بنظرشان میرسید که اسلام با تمدن‌جدید سازگاری ندارد . این وضع تاقرن

نوزدهم میلادی ادامه داشت و در این قرن بود که جنبش‌های اصلاحی و نیز مذهب پیروی از گذشتگان صالح پدیدآمد وپیشوایانی ازقبیل شیخ محمدعبده قدعلم کردند ومردم را بەرهائی‌ازتقلیدهای کورکورانه فراخواندند و مسألهٔ یگانه کردن مذاهب را ، تاآنجا که ممکن است ، مطرح ساختند و مراجعه بمنابع عالی شریعت و روح آنرا توصیه کردند وتوفیق قوانین اسلام را با مدنیت روز خواستار شدند .

**مجتهد کیست**

اجتهاد برهر کس مباح و میسور نیست، بلکه مستلزم‌وجود ملکه‌ایست که مجتهد را بر استنباط واستدلال توانا سازد و یاری دهد . مجتهد باید رشید وخردمند و دادگر ومتصف باخلاق حسنه وعالم بمدارك قانونگذاری وعارف بادلهٔ شرعی و طرز استفادهٔ ازآنها و نیز آشنا بەلغت و تفسیر و شأن نزول قرآن و احوال راویان حدیث وطرق جرح وتعدیل وناسخ ومنسوخ باشد و بنابگفتار شاطبی مجتهد باید از مقاصد کمالهای مطلوب شریعت نیز آگاه باشد[1].

جمع شدن این شرایط برای‌مجتهد مطلق و کسی که میخواهد در کلیهٔ‌مسائل فقهی‌اجتهاد کند لازم است ، ولی برمجتهدان دیگر[2] لازم بنظر نمیرسد . زیرا کسی که میخواهد تنها در یك مسأله اجتهاد کند برای او کافی است که بادلهٔ‌آن مسأله و دیگر اموریکه باآن مسأله ارتباط دارند آگاه باشد .

مجتهدان را درجات ومراتب متفاوتیست ، اجتهاد در شرع، اجتهاد درمذهب ، اجتهاد درمسائل، واجتهاد مقید .

مجتهد در شرع کسی است که مذهب مخصوصی داشته باشد ، مانند رؤسای

---

۱ـ الموافقات ، ج ۴، ص ۱۰۶.

۲ـ چنین مجتهدی را مجتهد متجزی یا مقیدمینامند . مترجم

مذاهب چهارگانهٔ سنی: ابوحنیفه ومالك وشافعی واحمدبن‌حنبل، و یاصاحبان دیگر مذاهب که هم‌اکنون پیروانی ندارند، از قبیل اوزاعی و داود ظاهری وطبری، و یا چون امام جعفر صادق علیه‌السلام نزد شیعیان[1] و یا غیرآنان از کسانیکه دراین مرتبه‌قرار گرفته‌اند. واما مجتهد درمذهب کسی است که پیرو مذهب‌خاصی‌بوده ولی دربرخی از امور اصولی یا فرعی‌شخصاًاجتهاد کند ودر نتیجه با رئیس مذهب خود، درتفریع مسائل وتطبیق قانون با موضوعات عملی مخالفت نماید ازقبیل ابویوسف و محمدبن حسن در مذهب حنفی و مزنی[2] در مذهب شافعی وغیره.

مجتهد در مسائل ویا در فتوی کسی است که فقط در برخی از مسائل اجتهاد می‌کندبدون اینکه درمبادی عمومی مذهب بدرجهٔ‌اجتهاد رسیده باشد، مانندطحاوی وسرخسی در مذهب حنفی، وغزالی در مذهب شافعی.

مجتهد مقیدبکسی میگویند که به‌آراء گذشتگان مقید باشد واز اجتهادآنان پیروی نماید وبمدارك احکام وفهم ادلهٔ‌آن آشنائی داشته باشد. و این‌طبقه را اهل تمیز و ارزیابی گویند، زیرا اینان می‌توانند از آراء مختلف در یك‌مذهب برتری یکی را بردیگری ثابت کنندویاروایات قوی را از ضعیف و روایات ظاهر را ازنادر وغریب باز شناسند؛ مانند کرخی وقدوری وصاحب‌هدایه وصاحبان متون‌چهارگانه که یادشان گذشت وغیرآنان درمذهب‌حنفی. البته درجات‌این‌اشخاص نیزمتفاوتست. طبقهٔ‌مقلدین پس از اینها قرار گرفته‌است ومقلد کسی است که بدون دلیل الزام‌آور

---

۱ـ امام جعفر صادق وسایر امامان (ع) نزد شیعیان مقام عالیتری دارند وقول‌آنان کاشف از قول پیامبر وخداوند ذوالجلال است. مترجم

۲ـ درکتاب طبقات الشافعیة الکبری از سبکی (ج ۱، ص ۲۴۳) چنین آمده است که مزنی‌گرچه اختلاف اصولی باشافعی ندارد، ولی درتفریع وتخریج از قواعد شافعی‌بنتایج دیگری رسیده است.

از نظریات دیگران پیروی کند[۱].

**دلائل وجوب اجتهاد**

اجتهـاد برهر کسی که به‌صفات مجتهد متصف باشد، بحکم قرآن و سنت و اجماع صحابه و پیشوایان مذاهب چهارگانه واجب‌است[۲] اینك به‌اختصار بادلهٔ فوق اشاره میشود.

نخست ـ قرآن.

قرآن کریم مداقه وتحقیق در فهم احکام وتفسیر آنها و رجوع باصل شریعت را در صورت اختلاف بمقتضای این دو آیهٔ شریفه: «فاعتبروا یـا اولی الالباب»، «فان تنازعتم فی‌شیء فردوه الی‌الله والرسول»[۳] واجب شمرده است.

دوم ـ سنت.

از پیامبر روایت شده است که فرمود: «اجتهد و افکل میسر لما خلق له، (بکوشید، چه هر کس برای آن منظور که آفریده شده، موفق می‌شود)[۴]. اذا حکم الحاکم‌فاجتهد ثم اصاب فله اجران، واذاحکم فاجتهد ثم‌اخطأ فله اجر، (اگر حاکم اجتهاد کند وبصواب حکم‌نماید، اورا دو مزد است واگر راه اشتباه بپیماید

---

۱ـ به‌شرح منظومهٔ موسوم بـه عقود رسم المفتی، از ابن عابدین، چاپخانهٔ معارف سوریه ۱۳۰۱ ه، ص ۴ـ۵ رجوع شود.

۲ـ به‌رسالة القول المفید فی‌ادلة الاجتهاد والتقلید از شوکانی (۱۳۴۷ ه) و الاحکام آمدی (ج ۳، ص ۱۳۹) واعلام الموقعین (ج ۲، ص ۱۲۸ ببعد) رجوع شود.

۳ـ حشر (۵۹) ۲، نساء (۴) ۵۹.

۴ـ الاحکام آمدی، ج ۳، ص ۱۷۰.

یك‌مزد او راست)[۱]. طلب العلم فریضة علی کل مسلم ، (طلب علم برهر مسلمان‌واجب است)[۲]. العلماء امناء امتی ، (علما ، امنای‌امت‌منند[۳]. العلماء مصابیح الارض وخلفاء الانبیاء وورثتی و ورثة الانبیاء ، (علماء چراغهـای فروزان در زمین و جـانشینان پیامبران و وارثان‌من و دیگر پیغمبرانند)[۴]. بطوریکه می‌بینیم همگی‌این اخبارمشوق کوشش در کسب دانش واجتهاد میباشند .

سوم ـ اجماع صحابه .

ابو بکر میگوید : «در مورد کلاله[۵] به رأی خودحکم میکنم ، اگر رأی من درست باشد از خداست ، و اگر راست نباشد از من است وشیطان و خدا و پیغمبر از آن بری وبیزار هستند».

عمربن خطاب میگوید : «همانا عمر نمیداند که بحق و راستی رسیده است یا نه ، ولی از کوشش فرو گذاری نمیکند» . وهمچنین درپاسخ زنی که برعمر در مورد دستور او در زیاده روی نکردن در مهر اعتراض کرده و اورا به‌راه‌حق‌متوجه ساخته بود ضمن خطبهٔ خود در ملاءِ عام چنین گفت : «زنی راست گفت و عمر بخطا

---

۱ـ در دو صحیح مسلم ، ( ج ۵ ، ص ۱۳۱ ) ، وبخاری بشرح عینی ، ( ج ۲۵ ، ص ۶۷) روایت شده است .

۲ـ سیوطی آنرا در (الجامع الصغیر ، شمارهٔ ۵۲۶۴) از بیهقی وطبرانی و خطیب و ابن‌عدی روایت کرده است. و نووی این روایت را ضعیف میداند اگر چه معنایش صحیح‌باشد (فتاوی النووی معروف به‌المسائل المنثوره، دمشق، ۱۳۴۸ ﻫ ، ص ۱۱۸) .

۳ـ الجامع الصغیر (شمارهٔ ۵۷۰۲) از دیلمی ، واین حدیثی ضعیف است.

۴ـ الجامع‌الصغیر (شمارهٔ ۵۷۰۴) از ابن عدی ، واین نیز حدیثی ضعیف است.

۵ـ یعنی در ارث‌کلاله ، وآن‌کسی است که نه‌پدر دارد ونه فرزند (به‌خویشان نسبتاً دور انسان نیز کلاله میگویند). مترجم

رفت»[۱].

چهارم ـ سخنان چهار پیشوای مذهبی[۲].

ابن‌قیم‌از ابوحنیفه وابویوسف نقل‌میکند که گفته‌اند : «کسی را جائز نیست که بعقیدهٔ ما بگراید، مگر اینکه چگونگی ومأخذ گفتار ما را بازشناسد.»

واز معن بن عیسی روایت شده است کـه از امام مـالك این جمله را شنید : «من بشرم ، گاه بخطا میروم و گاه بصواب . در آرای من بنگرید چنانچه هر آنچه از گفتارم با کتاب وسنت سازگار بود بپذیرید ، وهر آنچه مخالف بود ، ازپذیرفتن آن امتناع کنید» . وهمین مالك بود که هارون الرشید خلیفهٔ عباسی را از واداشتن مردم به‌پیروی از مذهب مالکی نهی کرد .

همچنین شافعی گفته است : «درمورد سخنان من اگرسخنی ازپیغمبربرخلاف آن یافتید ، از تقلید من خودداری کنید و چنانچه خبر صحیحی مخالف مذهب من باشد ازآن پیروی کنید وبدانید که همان مذهب من است» .

امام احمدبن‌حنبل که در التزام بسنت و اعراض ازعمل به‌رأی معروف‌میباشد در همین معنی میگوید : «از من ویا از مالك وشافعی وثوری تقلید مکن ، بلکه از منابعی که آنان استفاده کردند ، تو نیز استفاده کن .»

دلائل بالا میرساند کـه اجتهاد بر هر شخص دانشمند توانا واجب و تقالید کورکورانه باطل است . بعلاوه پرده از این مطلب نیز برمیدارد که مجتهد ممکن است اشتباه کند یا راه صواب را بپیماید برخلاف نظر برخی از معتزله[۳] که مجتهدان را در عقلیات همیشه مصیب میدانند . این نظر اخیر شرعاً تکلیف بمالایطاق بوده و

---

۱ـ الاحکام‌آمدی (ج ۳ ، ص ۱۵۰) و احیاء العلوم الدین غزالی (ج ۱ ، ص۳۹).

۲ـ القول مفید ، ص ۱۵ـ۲۷ .

۳ـ الاحکام آمدی ، ج ۳ ، ص۱۴۶ـ۱۴۷ .

شرعاً نارواست بدلیل آیهٔ کریمهٔ : «لایکلف‌الله نفساًالاوسعها»[1].

از وجوب اجتهادوحرمت تقلید این نتیجه نیز مستفاد میشود که اگرمجتهد یا قاضی در رأی پیشین‌خودخطائی‌دید میتواند ازآن بر گردد . عمربن‌خطاب درنامهٔ خود به‌ابوموسی اشعری چنین مینویسد : «چنانچه در امری دادرسی کردی و سپس در رأی خود دقت کردی وحقیقت امر را کشف نمودی ، خلاف‌آن بر تو آشکار شد وباید ازقول نخست‌خود باز گردی ، زیرا حق‌را نمیتوان باطل‌کرد وباز گشت‌بحق بهتر از ادامهٔ روش باطل است»[2].

در پایان‌این بحث نا گزیر از اشاره باین مطلب‌هستیم که اجتهاد در نظرشیعهٔ امامیه معنی و مفهوم وسیعتری دارد ودر آن مذهب ، باب اجتهاد همیشه مفتوح‌است و هنوز نیز بر این عقیده هستند ، بعلاوه اهمیت اجتهاد بر اهمیت اجماع و قیاس میچربد . و امام درعقیدهٔ شیعیان پیشوای مجتهدان‌است که ازعلم ودانش او استمداد میجویند ومعصوم از خطاست بخلاف نظر سنیان در مورد خلفاء .

**چه وقت تقلید جائز است**

تقلید بمعنائیکه بیان شد ، یعنی پیروی از نظریـهٔ دیگـران بدون دانستن

---

۱ــ سورهٔ بقره (۲)۲۸۶.

۲ــ برای اطلاع‌از نص‌کامل این نامهٔ مشهور ، بااختلاف دربرخی عبارات ، مراجعه شود به‌الاحکام‌السلطانیهٔ ماوردی (ص ۶۸) و اعلام الموقعین ، (ج ۱ ، ص ۷۲ ) ، و المبسوط (ج ۱۶ ، ص۶۰ ببعد) و العقد الفرید ( ج ۱ ، ص ۴۷ ) و عیون الاخبار ابن قتیبه (ج ۱ ، ص۶۶) ، ومقدمهٔ ابن‌خلدون (ص۱۹۲) و جمهرة رسائل‌العرب(به‌نقل سیداحمد زکی‌صفوت، ۱۹۳۷ ، ج۱ ، ص ۲۵۲) ، و الاحکام آمدی ، (ج ۳ ، ص ۸۱) ، و دیگران . بسیاری از محدثان ثقه این نامه را نقل‌کرده‌اند گرچه برخی ازپژوهندگان از قبیل ابن‌حزم درصحت*

مأخذو دلیل آن ، فقط بر اشخاصی جائز است که قادر بر اجتهاد نباشند وازاجتهاد عاجز بمانند،یعنی‌افراد عامی نادان یامتعلمانی که هنوزلایق‌اجتهاد نشده‌اندواز اینرو درقواعدعامه آمده است که: «فتوی‌نسبت بنادان مانند اجتهاد است‌بدانا[1]» یا «نظریات صاحب‌نظران برای عوام مانند ادلهٔ شرعیه است برای خواص و دانشمندان»[2] .

مطلب فوق برپایهٔ عقل استوار است ، چه لازمهٔاجتهاد تخصص درفقه واصول است ولازمهٔ زندگی اجتماعی و اقتصادی اینست که مردم به انواع کارها وصنایع و فنون بپردازند و همه‌کس وقت آنرا ندارد تا از دانش فقه و اصول بهره‌مند شود و بمقتضای این آیهٔ کریمه « فسئلوا اهل الذکر ان کنتم لاتعلمون »[3] باید از نظرات مجتهدان پیروی کنند .

بدون تردید پس از نضج و استحکام مذاهب گوناگون، مجال‌اجتهاد تنگتر گردید ، چه ، این مسائل وقضایا بر دانشمندان ومجتهدان قبلی عرضه شده ومورد مداقهٔ ایشان قرار گرفته بود . و در هر موضوع ادله‌ای برای تأیید آرای خویش آورده ومذاهب خود را براصول وپایه‌های استواری بنا نهاده بودند . و از آن پس کمتر کسی‌یافت میشد که به‌استقلال‌مذهب ،مکتبی‌ابداع کند . غالب مجتهدان‌خودرا به‌پیروی از مذهبی واحد مقید کردند و بمقتضای آن فتوی دادند ، تا جائیکه باب اجتهاد بسته شد و سد باب اجتهاد ، بطوریکه دیدیم ، مخالف روح شریعت و نصوص

--- 

* آن تردید دارند و آنرا مجعول میدانند . مراجعه شود به النبذ فی‌اصول الفقه الظاهری ( ص ۵۱ ) و المحلی ( ج ۱ ، شماره ۹۹ با رد آن در حاشیهٔ همان کتاب) ، وکتاب تاریخ الفقه الاسلامی از دکتر عبدالقادر (ص ۷۰) .

۱ـ المجامع وشرح‌آن ، ص۳۲۶ .

۲ـ الموافقات ، ج ٤ ، ص ۲۹۲ .

۳ـ سورهٔ نحل (۱۶) ۴۳ .

شارع[۱] استعمال کرده‌اند اینك تفسیر هر یك را بطور اختصار با بیان تعریف دانش اصول و سپس دانش فقه برای خوانندگان بیان میداریم .

## علم اصول وحکم شرعی

درعلم اصول‌از ادلهٔ شرعیه وطرق استنباط احکام‌از آنها بحث میشود وموضوع آن نیز ادلهٔ احکام است[۲].

ادلهٔ شرعیه اصول و مصادر قانونگذاری در عالم اسلام است که بنا باتفاق اهل دانش چهارند : قرآن کریم ، سنت ، اجماع و قیاس[۳] که بیان آنها در باب آینده خواهدآمد .

اما حکم شرعی عبارت از خطاب شارع است بر امریکه غرضی شرعی در آن منطوی است[۴] وبنظر اصولیان عبارتست از آنچه که شارع مقدس مردم مکلف را در کارهایشان مخاطب قرار داده است خواه بصورت طلب باشد یا تخییر و یا وضع . و نیز میتوان گفت حکم شرعی قاعده و نظمی است در مسأله‌ای از مسائل که مورد تنصیص قانونی قرار گرفته است . بطوریکه می‌بینیم این معنی از تعریف خاصی که نسبت بقانون نموده‌ایم دور نیفتاده‌است لذا بنا بقاعدهٔ کلی که در کتاب‌المجامع آمده:

---

۱ـ کلمهٔ حاکم امروزه معانی دیگری هم دارد وآن اطلاق میشود بمقام عالی اداری مانند حاکم لبنان ، واطلاق میشود برقاضی وگفته میشود حاکم صلح ، وحکم ومحکمه از این معنی میباشد.

۲ـ اینکه‌موضوع‌علم اصول چیست دارای بحث‌های مفصلی‌است درکتب مربوطه.اجمالا میتوان گفت‌که موضوع اصول چیزیست‌که مورد استناد واستدلال شرعی واقع شود. (مترجم)

۳ـ شیعه بجای قیاس ، عقل را مصدر استنباط قانون میدانند. (مترجم)

۴ـ کتاب‌الاحکام فی‌اصول الاحکام ازآمدی ، ج ۱ ، ص ۴۹ .

و ادله وقوانین میباشد[۱]، بدین جهت جنبش‌های اصلاحی تازه‌ای مانند وهابیه و سلفیه وغیره به‌ادامهٔ این‌وضع تن در ندادند.

در مورد تقلید پرسشهائی نیز پیش‌میآید . آیا نزد سنیان تقلید از کسی غیر از پیشوایان مذاهب چهار گانه ممکن است ؟ و آیا انتقال از مذهبی بمذهب دیگر جایز است ؟

ابن صلاح در مورد اول میگوید[۲] : بر مقلد ضروریست که غیر از امامان چهار گانه از کسی پیروی نکند ، چه ، مذاهب این چهار پیشوا بسط یافته و اجتهاداتشان با دقت ضبط شده است و فروع مسائل را نیز بیان کرده‌اند . این نظریهٔ موجهی است ، چه ، مقلد کسی است که باحکام جاهل است و بمقتضای عقل واحتیاط باید از مشهورترین مذاهب پیروی نماید.

اما رأی مختار در مورد سؤال دوم اینست که اگر کسی درمسأله‌ای ازمذهبی پیروی کند ، میتواند در مسألهٔ دیگر از مذهب دیگری تقلید کند ، بشرطیکه مسألهٔ اخیر با موضوع نخست ارتباطی نداشته باشد . ولی اگر کسی بفتوای مجتهد در موضوع عمل کرد میتواند در امر دیگر از فتوای دیگری تبعیت کند . ولی اگر از فتوائی پیروی کرد و کردار خود را بر آن نهاد ، دیگر نمیتواند در آن مورد بخصوص ازآن رجوع کند[۳] .

---

۱ـ از علامهٔ مرحوم شیخ احمد عباس ازهری روایت شده‌است که میگفت : باب‌اجتهاد همیشه مفتوح است . اماکسانیکه خواهان عبور از این باب بودند بقدری ستبر وبزرگ‌شدند که عبور از این باب بر ایشان تنگ شد وپنداشتندکه بسته شده است .

۲ـ شرح المنهاج اسنوی ، ج ۳ ، ۱۹۱ .

۳ـ الاحکام آمدی ، ج ۳ ، ص ۱۷۴ .

**گفتار صحابه**

پیش‌از این‌دیدیم که در مذاهب سنیان، بدون اختلاف، به‌اجماع صحابهٔ‌پیامبر باید عمل کرد، ومحل خلاف در این است که اگر یکی از صحابه در موردی فتوی دهد آیا باید برحسب این فتوی عمل کرد و آنرا بر قیاس و فتاوی دیگر مقدم داشت یا نه[1].

برخی ازحنفیه معتقدند که گفتار صحابه‌از ادلهٔ شرعی و واجب‌الاتباع‌است، بدلیل اینکه صحابه نزدیکترین مردم به‌پیامبر و به‌سنت وسیرهٔ پیغمبر واسباب نزول قرآن ومدارك نصوص وتفسیر آنها آشناتر بودند و پیامبر ﷺ دربارهٔ آنان گفته «اصحابی کالنجوم بایهم اقتدیتم اهدیتم (صحابهٔ من چون ستارگانند، از هر کدام از ایشان پیروی کنید، رستگار میشوید)» ولی درنظر مذاهب‌دیگر، همچنین بعقیدهٔ کرخی از حنفیان گفتارصحابی‌حجیت‌ندارد ولازم الاتباع نیست وحتی غزالی این امر را از اصول موهومه[2] شمرده‌است. حدیثی که مورد استناد مخالفان قرار گرفته است سندی ضعیف دارد و برلزوم تقلید از صحابه دلالت نمیکند.[3]

**اجتهاد در دادگاه امروزی**

امروزه که اغلب قوانین بصورت نصوص معین و روشنی ازطرف دولت تدوین میشود، دیگر چندان مجالی برای‌اجتهاد بمعنی مذکور نمانده وهم‌اکنون اجتهاد

---

۱ـ شرح‌المنار، از ابن ملك (ص۲۵۲)، و اعلام الموقعین (ج ۴، ص ۱۰۴ و ما بعد آن).

۲ـ المستصفی، ج ۱، ص ۱۳۵.

۳ـ الاحکام، از ابن‌حزم (ج ۶، ص ۸۲) و اعلام الموقعین (ج ۲، ص ۱۷۴)، والتقریر والتحبیر (ج ۳، ص۹۹).

برروشی که قضات دراصدار حکـم از آن پیروی کنند اطلاق میشود. خواه در تفسیر مواد قانونی باشد ویا در استنباط در مواقع نبودن نص یا ابهام آن .

چون مجلهٔ احکام عدلیه شامل همگی قوانین معاملات شرعیه نبود ، بموجب ابلاغیهٔ «نظارت داد گستری عثمانی» بهنگام نبودن نص در مجله رجوع بکتب فقهی لازم مینمود .[1]

داد گاههای امروزی در اغلب کشورها قانوناً به‌پیروی از رویه‌های سابق‌خود ویارویه‌های محاکم برتر ملزم نیستند ، ولی درعمل غالباً از اجتهادات‌مزبورخصوصاً رویه‌های دیوانعالی کشورتبعیت میکنند[2]. نتیجهٔاین امر پیدایش نوعی قانونگذاری تدریجی وپنهانی مفید و ارزنده‌ایست و ارزش عملی آن قابل انکار نیست.

بموجب مادهٔ ۷ قانون لبنانی مصوبهٔ ١٤ تشرین اول سال ١٩٤٤ به هنگـام بروز تباین وتضاد در مسأله‌ای ازمسائل باید هیأتی مرکب از رئیس اول وهشت‌نفر از قضات عالیرتبهٔ داد گاههای پژوهش تشکیل شود . وروی این امر با توجه به‌نکات قانونی قراری صادر کند و آن قراربمنزلهٔ قانون وبرای کلیهٔ داد گاهها لازم‌الاتباع است . ولی پس از آنکه دیوانعالی کشور لبنـان مجدداً تشکیل یافت ، ایجاد رویهٔ قضائی و وحدت در اجتهاد از اختصاصات هیأت عمومی دیوانعالی مزبور گردید[3].

اما در کشورهای امریکا و انگلستان اجتهاد اهمیت عملی بزرگی دارد . چه

---

۱ـ روزنامهٔ محاکم (ترکیه) شمارهٔ ۱۰۷ ، صادره ۲۹ شعبان ۱۲۹۸ هـ ( ۱۴ تموز سال مالی ۱۲۹۷) ، ص ۸۵۳-۸۵۴ .

۲ـ دیوانعالی‌کشور لبنان در دوران جنگ بین‌المللی دوم‌بموجب‌مادهٔ دوم رأی‌شماره ۲۳۹ ل . ر. مورخ ۱۶ ایلول ۱۹۳۹ منحل گردید ، سپس بموجب قـانون ترتیب دادرسی مورخ ۱۰ ایار سال ۱۹۵۰ مجدداً تشکیل شد.

۳ـ مادهٔ ۲۶ از قانون مصوبهٔ ۱۰ ایار سال ۱۹۵۰ .

قسمت بزرگ قوانین این کشورها، بطوریکه دیدیم غیر مدون است وداد گاهها مقید به‌پیروی از اجتهاد دادگاههای عالی ودادگاههای‌عالی نیز مقید به‌پیروی از اجتهاد پیشین خود هستند. بنابراین پیشینه‌ها (عرف عام) دارای اهمیت خاصی است و مجموعهٔ ثابتی از قانونگذاری قضائی را تشکیل میدهد.

**اجتهاد در المجله**

میان قواعد کلی که در سر آغاز المجله گردآوری شده است دو ماده مربوط به‌اجتهاد یافت میشود که ذیلا مطرح میگردد:

مادهٔ ١٤ المجله میگوید: «لامساغ للاجتهاد فی‌مورد النص (بهنگام وجود نص اجتهاد روانیست)» واین‌قاعده‌از کتاب المجامع[1] گرفته شده و به‌آیهٔ کریمهٔ: «ان الظن‌لایغنی من‌الحق‌شیئاً»[2] مستند است. ومعنی آن‌اینست که وقتی قانون وجوددارد، قاضی یا مجتهد نمی‌تواند به‌رأی خود عمل ویااستنباط دیگری معارض‌قانون بکند.

این‌اصل کاملا معقول بنظر میرسد. چه معنی اجتهاد بذل کوشش برای‌یافتن حکم‌است. هنگامیکه قانون روشنی وجود دارد مطلوب خودحاصل‌است. مثلاخرید وفروش‌بموجب تصریح قرآن «واحل‌الله البیع»[3] جایز است، بنابراین اجتهاد کردن برخلاف این حکم ومنع نمودن از خرید و فروش روا نیست.

مادهٔ ١٦ المجله میگوید: «الاجتهاد لاینقض بمثله (اجتهـاد بوسیلهٔ اجتهاد دیگر شکسته نمیشود)»[4]. واین معنی از کتاب الاشباه والنظائر، گرفته‌شده است که

---

۱ـ به‌شرح آن، ص ۳۲۹ مراجعه شود.

۲ـ سورهٔ یونس (۱۰)۳۶.

۳ـ سورهٔ بقره (۲) ۲۷۵.

۴ـ از سیوطی (ص ۷۱)، واز ابن نجیم (ص۴۱).

«الاجتهاد لاینقض بالاجتهاد» وبر طبق این ماده هر گاه دادرسی بموجب اجتهاد خود رأیی‌دهد وسپس به‌خطا واشتباه اجتهاد خود، پی‌برد واز آن عدول نماید، این‌عدول رأی قبلی را نقض نمیکند.

وضع این قاعده بمنظور جلو گیری از بروز تغییر وتفسیر در احکام و برپایهٔ اجماع صحابه استوار است، زیرا روایت شده است که‌ابو بکر آرائی صادر کرده که مخالف نظریات عمر بود، با وجود این چون خلافت به‌عمر رسید، آن‌احکام نقض نگردید[۱] ولی‌این قاعده‌امروزه بطورمطلق‌رعایت‌نمیشود و دردادرسی‌امروزداد گاههای پژوهشی وفرجامی می‌توانند احکام داد گاههای پائین‌تررا درموارد قانونی بشکنند.

**اجتهاد در حقوق رومیان**

پیش از پایان مبحث اجتهاد بی‌مناسبت نیست که‌ازچگونگی آن‌درحقوق روم نیز سخنی بمیان آید وبه‌شباهت امر اجتهاد بین فقهای روم واسلام توجه گردد.

در روم قدیم دانش قانون‌جزء اسرار بود وکاهن بزرگ[۲] به‌حفظ و نگهداری این راز اختصاص داشت. از آن پس این علم به طبقه‌ای از فقهاء که آنانرا شیوخ[۳] مینامیدند، رسید. ولی تا زمان امپراطوری‌اگوست چندان پیشرفت و درخشندگی نداشت. ودر زمان او دومذهب مشهور بنام پرکولوس[۴] وسابینوس[۵] پابعرصهٔ وجود نهاد ودر قرن دوم پس از میلاد عصرطلائی حقوق روم فرارسید ودانشمندان بزرگی

۱ـ الاشباه والنظائر از سیوطی، در محل خود.

۲ـ *Pontifex Maximus*.

۳ـ *Veteres*.

۴ـ *Proculus*. و او شاگرد مؤسس مذهب لابیو *Labeo* میباشد.

۵ـ *Sabinus* و او شاگرد کاپیتو *Cepito* میباشد.

امثال گایوس وپاپنیانوس واولپیانوس و پولس و مودستینوس قدعلم کردند و کتابهای بسیاری تالیف نمودند، که ازمصادر ومنابع قانونگذاری دوران امپراطور ژوستینین گردید ، واز آثـار جاویدان تاریخ قانونگذاری مغرب زمین بشمار میرود .

فتوی‌های فقیهان روم[۱] ، در وهلهٔ اول بصورت پاسخ بشاگردان خود و یا به ارباب رجوع بود و گاهی نظر خود را بدادرسان دادگاهها ابلاغ میکردند ، بدون اینکه نظریات مذکور برای‌قاضیان‌الزام‌آور باشد . ولی امپراطور اگوست بعده‌ای از فقیهان حق شور و اتخاذ تصمیمات قـانونی داد و فرمـان داد که رعایت تصمیمات جلسه‌های مشورتی فقیهان مذکور برای دادرسان الزام‌آور گردد و فقیهی برخلاف آنها رأی ندهد .

سپس به سال ٤٢٦م. فرمانی صادرشد وبموجب آن دادرسان‌به‌پیروی ازاجتهاد پنج دانشمند بزرگی که‌ذکرشان گذشت موظف شدند ومقرر گردید که درقضاوت به آثار آنان مراجعه‌شود. بموجب همان قانون بهنگام وجود اختلاف نظر میان این پنج دانشمند رأی اکثریت متبع بود ودر صورت تساوی آراء گفتار پاپنیانوس کـه مشهورترین ایشان بود ملاك عمل قرار داده میشد واگر نظر پاپنیانوس‌معلوم نبود، درآن صورت دادرسان خود در ترجیح یکی از آراء متعارض مخیر بودند .

و اما شأن دادرسان در اجتهاد کمتـر از دانشمندان نبود . مثلا قاضی‌القضاة روم (پریتور)[۲] وسایر دادرسان عالی مقام بطور غیر مستقیم حق قانونگذاری داشتند. چون فرمانهای قضائی[۳] ایشان و نیز احکام عمومی و قواعدی که بهنگام قضاوت از آنها پیروی مینمودند ، کم کم جنبهٔ قانونی میگرفت . چون حق رسیدگی به‌قضایا

۱ـ *Responsa Prudentium*.

۲ـ قاضی خودی وقاضی بیگانگان *Preator Peregrinus et Praetor Urbanus*

۳ـ *Edicta Magistratuum*.

وفصل آنها[۱] وحق اصدار فرامین قانونی[۲] دو عامل بزرگ نشو و نمو شریعت دوم و مایه وعلت تغییر قوانین به‌اقتضاء تطورات اجتماعی بشمار میرفت .

امپراطور ژوستینین همگی این مقررات را در مجموعه‌های بزرگی که جامع منابع و مآخذ شریعت مشهور روم است جمع آوری کرد و علاوه بر مجموعهٔ قوانین[۳] کتاب «احکام»[۴] مستخرج از کتاب دانشمند معروف گایوس ، بهمین نام، نوشته شد . و کتاب اخیر شامل اجتهاد[۵] دانشمندان و روش دادرسان در موارد مختلف‌است.

---

۱- *Jus Jurisdicendi.*

۲- *Jus edicendi.*

۳- *Codex.*

۴- *Institutes.*

۵- *Digesta, Pandectae.*

باب چهارم

# منابع خارجی قانونگذاری

# فصل اول

## تحول قوانین

### مصادر خارجی

چون شریعت اسلام شریعتی الهی ومنابع و مبادی آن نیز از همان سرچشمه مأخوذاست، از اینرو باید درزمینهٔ تغییر قوانین وسازگاری آنها برطبق مقتضیات زمان ومکان و نیازمندیهای اجتماعی دقت بیشتری کرد .

منابع حقوق اسلامی را دانشمندان اصول درضمن بحث‌از ادلهٔ شرعیه‌بتفصیل بیان کرده‌اند ودر باب پیشین از همین کتاب نیز بدانها اشارتی رفت .

ولی ناگزیریم در این زمینه از منابع دیگری که مورداستفادهٔ اصولیان‌قرار نگرفته است استفاده کنیم . این منابع عبارتند از قانونگذاری مستقیم دولت‌ها و عرف و عادت و حیله‌های شرعی که بمنظور تمییز آنها از مصادر اصولی تحت عنوان مصادر خارجی حقوق مورد بحث قرار میگیرد .

ودر این باب نظر فقیهان اسلامی را در مورد تحول قانونگذاری و نیزمنابع خارجی قانونگذاری را در فقه روشن کرده وبروش مخصوص اصولیان در سازش با این امر سخن خواهیم راند .

«حکم شمول در جنس دارد نه در افراد»[۱] یعنی حکم مانند قانون عام است و برای فردی معین یا حالتی مخصوص وضع نشده است.

حکم شرعی مستلزم وجود حاکم و محکوم فیه و محکوم علیه است. امـا حاکم بمعنای شارع است که خداوند عزوجل[۲] میباشد و اومصدر احکام اول درشرع مقدس اسلام است ومحکوم‌فیه عبارت ازفعلی است که‌حکم شرعی بدان مرتبط میشود ومحکوم علیه انسانی است که مکلف بحکم شرعی باشد ومکلف باید عاقل وشایسته باشد، و از عوارضی که اهلیت را زایل میسازد بر کنار بماند و این عوارض بر دو گونه است: اول عوارض غیراختیاری مانند کودکی، دیوانگی، کم‌خردی، خواب، بیماری، مـرگ و فراموشی. دوم عوارض اختیاری مانند مستی و شوخی، سفه، تبذیر، خطا، نادانی، سفر و اکراه.

حکم شرعی بر دو نوع است: تکلیفی و وضعی. اثر حکـم تکلیفی متعلق باقتضاء و تخییر است وفعل انسان از این جهت به واجب ومستحب وحرام ومکروه ومباح تقسیم‌میگردد. واجب آنست که فعلش مطلوب وترکش‌مذموم باشد وبرعکس حرام که ترکش مطلوب و فعلش مذموم است و مستحب یا مندوب آنست که فعلش شرعاً خواسته شود وترکش مطلقاً نکوهیده نباشدو مکروه ترکش مطلوب و فعلش

---

۱ـ مجامع‌الحقایق از ابوسعید خادمی وشرح آن منافع الدقائق از مصطفی بن محمد الکوز الحصاری، آستانه، ۱۳۰۸ه، ص۳۱۹.

۲ـ استاد علامه عارف بیك نکدی در نقدچاپ اول این کتاب (در مجلهٔ مجمع علمی عربی دمشق سال ۱۹۴۷ ص ۲۶۱ وما بعدآن) گمان نمیکند چنین قولی « صراحةً در گفتار کسی از شیوخ متقدم فقه وارد شده باشد » برای اثبات قول خود نقل میکنم آنچه راکـه در احکام‌آمدی (ج۱، ص ۴۱) آمده: «نیست‌حاکمی مگرخدای‌تعالی ونیست‌حکمی مگرآنچه‌را او حکم‌کند» وآنچه در المستصفی (ج۱، ص۶) آمده: «حاکم‌که همان شارع است ... ودر بحث ازحاکم چنان روشن میشودکه نیست حکم مگر ازخدا».

### هدفهای شریعت

از دانشمندان اسلام افرادی با وجود اختلاف درمسلك ازقبیل عزبن‌عبدالسلام شافعی و ابن قیم جوزی‌حنبلی و ابو اسحق شاطبی مالکی[۱] و دیگران کتابهائی در روشهای قانونگذاری اسلامی وهدفهای آن ونیز در بیان مصالح و عللی که پایه‌های قوانین برآنها استوار است نوشته وقوانین شرع را بدوبخش تقسیم کرده‌اند: بخش عبادات، وبخش معاملات و امور مربوط به‌زندگی اجتماعی.

در بخش نخست از مسائل تعبدی و بندگی انسان گفتگومیشود که از بحث ما بیرون است. اما در بخش دوم از مصلحت‌های دنیوی انسان‌بحث میکند یابنظر عز بن عبدالسلام کلیهٔ قوانین به‌مصالح این جهان و آن جهان مردم بستگی دارد و خداوند از بندگی انسانها بی‌نیاز است. نه از فرمانبرداری انسانها اورا سودی‌است ونه گناهکاری مردم را برایش زیانی[۲].

هدف قوانین اجتماعی که عبارت از جلب منافع ورفع ودفع مفاسد از مردم است برعقل ومنطق استوار میباشد وبعبارت دیگر پایهٔ قوانین براین استوار است که در مصالح اصل اباحه و جواز و در مفاسد اصل‌منع و جلوگیری[۳] عملی گردد. و اکثریت قریب باتفاق فقیهان بر همین عقیده‌اند، البته تنی چند مانند داود ظاهری فرقی میان عبادات ومعاملات نگذاشته و همه‌را تعبدی میپندارند ومعتقدند که عقل را مجال درك وتصرف درآنها نیست[۴].

---

۱ـ به‌شرح‌حال آنان قبلا اشارتی رفت. به‌قواعد الاحکام ابن‌عبدالسلام (ج ۱، ص۱ ببعد) والموافقات شاطبی (ج ۲، ص ۵ ببعد) مراجعه شود.

۲ـ قواعدالاحکام ج ۲، ص ۷۰.

۳ـ شرح‌المنهاج از اسنوی، ج ۳، ص ۱۰۸.

۴ـ الاعتصام از شاطبی، ج ۲، ص ۱۱۴.

یکی از بهترین تعبیرها درمورد بیان مقاصد شریعت از ابن قیم‌است : «همانا اساس شریعت برمصلحت و سود افراد انسان در معاش ومعاد پایه گذاری شده است و آن دادگری و رحمت وحکمت است . وهر امریکه ازعدالت بسوی ستم وازمصلحت بمفسده واز حکمت به‌عبث گراید از شریعت نیست ، هر چند که از تأویل بصورت دخیل در شرع دیده شود . شریعت عبارت است از دادگستری و رحمت خداوند در میان مردمان ، و زندگی وخوراك و دارو و روشنی وشفا و عصمت مردمان ببرکت وجود شریعت است وهر خیری در هستی مشهود گردد ازآن حاصل است و هر نقصی از نقص‌آن پدید میآید ... شریعت بمنزلهٔ ستون‌جهان ومحور رستگاری وخوشبختی در دوجهان است وخداوند پیام‌آور خویش را برای گسترش‌آن مبعوث‌فرموده‌است[۱].

مبدأ تحول قوانین

ابن خلدون می گوید : «کیفیت جهـان و عـادات و رسوم ملتها و شیوه‌ها و مذاهب‌آنان برروشی یکسان وشیوه‌ای پایدار دوام نمی‌یابد ، بلکه با گذشت‌روزگار وقرون اختلاف می‌پذیرد واز حالی بحالی انتقال می‌یابد وهمچنانکه این کیفیت در اشخاص و اوقات و اماکن پدید میآید ، در سرزمینها و کشورها و قرون متمادی و دولتها نیز روی میدهد . آئین خداوند است که در میان بندگانش گذاشته‌است»[۲].

لازمهٔ این حقیقت‌اجتماعی اینست که مصالح‌مردم بموازات تحولات‌اجتماعی و تبدیل پدیده‌های‌آن تغییر پذیر باشد و اگر مصالح مردم را بطوریکه قبلا روشن نمودیم پـایهٔ وضع قوانین اجتماعی بدانیم ، تحول احکام شرعی را بـر وفق تحول زمـان باید لازم و معقول پنداشت ، همچنین تأثر از مظاهر محیط درآن لازم‌بنظر

۱ـ اعلام‌الموقعین ج ۳ ، ص ۱ .

۲ـ مقدمهٔ ابن‌خلدون ، ص ۲۴ .

میرسد .

ابن‌قیم در اثبات این مطلب میگوید : «اختلاف فتوی‌ها بموجب اختلاف زمان ومکان و احوال و نیتها ومنافع صورت میگیرد» . ابن قیم نیز باین مطلب اشاره‌میکند که «بعلت آشنا نبودن به‌این حقیقت اشتباهی بزرگ درامور شریعت راه یافت ومایهٔ حرج و مشقت وتکلیف بمالایطاق گردید . درصورتیکه شریعت روشن اسلامی متکفل عالیترین مصالح انسانیت است ، وهرگز سختی ومشقت بهمراه ندارد»[1] .

بطوریکه می‌بینیم این حقایق قرن‌ها پیش از مونتسکیو[2] و دیگر دانشمندان جامعه‌شناس و قانوندانان امروزی یعنی از قرن چهاردهم میلادی ( هشتم هجری ) بوسیلهٔ افرادی‌چون ابن قیم جوزی وابن خلدون ودیگر فقیهان عرب[3] گفته و نوشته شده است . واین دانشمندان چهارقرن پیش از دانشمندان غرب به‌این نکات پی‌برده بودند .[4]

با توجه به‌همین نکته است که مادهٔ ۳۹ مجله از قواعد المجامع[5] چنین نقل میکند که «تغییر قانون با تطور زمان انکار ناپذیر است» . البته این نکته را بـاید افزود کـه تغییر مکان ووضع و حال ، بموجب گفتار فقیهان ، نیز در تغییر احکام مؤثر است .

---

۱ـ اعلام الموقعین در همانجا .

۲ـ کتاب روح‌القوانین ( *De l’Esprit des lois* ) ، ج ۱ ، کتاب ۱۷ـ۱۹ .

۳ـ دانشمندان ایرانی وازجمله خواجه‌نصیرالدین طوسی در این زمینه مطالبی اظهار داشته‌اند . مترجم

٤ـ بکتاب ما «آراء ابن‌خلدون الاقتصادیه» بزبان فرانسه ، چاپ لیون ، ۱۹۳۲، ص ۹۹ و ۱۷۱ رجوع شود .

۵ـ المجامع وشرح‌آن المنافع ، ص۳۲۸ .

این قاعده ایجاب میکند که باید درمقام جستجو ودرك مصالحی که علل واصول قوانین اجتماعی را تشکیل می‌دهند بر آمد و نیز لازم است قاعدهٔ دیگری را بدنبال آن تحری نمود که بحکم قاعدهٔ اخیر هر وقت علت تغییر یافت ویا از بین رفت قانونی که مبتنی بر آن علت بود نیز عوض شود ویا از میان برود . اینست که در قواعد اصولی چنین آمده است : «حکم شرعی که برپایهٔ علتی قرار گرفته است از لحاظ بود و نبود تابع علت خود میباشد» وعلائی میگوید : «حکم شرعی بر علتی استوار است وبا از بین رفتن علت معلول نیز خاتمه میابد »[1]

**مثالهائی از تغییرات حاصله در احکام و اجتهادات**

هیچ کس نمیتواند تأثیر مبدائی‌را که یادآور شدیم درتغییر قوانین واختلاف مذاهب انکار کند واز آثار آن در تغییر فتاوی واحکام بی‌اطلاع بماند . مگر ندیدیم که شافعی تحت تأثیر ظروف زندگی اجتماعی و تغییر محیط ، مذهب قدیم عراقی خودرا رها کرد و مذهب تازهٔ مصری خود را بنیان گذاشت ؟ یا مالیات دریافتی در زمان ابویوسف[2] بلحاظ تغییر مکان واحوال نسبت بزمان عمر بن خطاب کمتر گردید.

مثالهای تغییر فتوی وحکم در مسائل فرعی بیشمار است . مثلا فقیهان حنفی متأخر باین نتیجه رسیدند که پیشوایان مذاهب در بسیاری از موارد فقهی بموجب و مقتضای عرف زمان‌خود فتوی داده‌اند بطوریکه اگر آن عرف وعادت معمول نمیبود، فتوای‌این پیشوایان جز این که هست میشد . واز اینرو متأخرین ، در صورت تغییر

---

۱ـ المنافع شرح المجامع (ص ۳۱۹) ،ـو حجةالله البالغة (ج ۱ ، ص ۱۰۸) . و شبیه این آنچه در مثالهای لاتینی می‌آید : *Ratione legiscessante, cessatlex* . و نیزدائرة‌ـ المعارف عملی‌دالوز (بفرانسه)، تحت‌عنوان‌عادات‌بازرگانی شماره‌۱۵ ملاحظه شود .

۲ـ کتاب الخراج از ابویوسف ، چاپ بولاق ، ۱۳۰۲ ﻫ ، ص ۴۸.

عرف وعادت و وجود ضرورت عدول از مضامین «ظاهرالروایه» را دراین قبیل‌موارد تجویز کرده‌اند. چند مثال‌زیر از کتاب «نشرالعرف‌فی‌بناء بعض‌الاحکام علی‌العرف» تألیف ابن‌عابدین[۱] واز دیگر کتابهای حنفیان آورده میشود:

در صدر اسلام سهم آموزگاران از بیت‌المال کافی بود و از اینرو ابوحنیفه و دو یار او ابویوسف و شیبانی اجرت گرفتن برای تعلیم قرآن و امثال آنرا منع کردند ولی چون در زمانهای بعد عطیهٔ‌معلمین‌بریده شد، شیوخ مذهب به‌سبب‌تغییر عرف به‌جواز اجرت گرفتن در امر مزبور فتوی دادند.

بهمین منوال متأخرین به ضمان منافع ملك مغصوب، بخلاف قاعدهٔ کلی‌عدم ضمان منافع در مذهب حنفی، رأی دادند. و همچنین بعلت تغییر یافتن احکام با گذشت زمان اعلام داشتند که مدت‌اجارهٔ ملك متعلق به‌یتیم وموقوفات نباید درمورد خانه‌ها بیش از یکسال و در مورد اراضی متجاوز از سه سال باشد و این حکم کاملا برخلاف اصول مذهب حنفی است. همچنین در روزگار پیشین خانه‌ها به‌یك شکل و اندازه ساخته میشدبطوریکه وقتی مشتری اطاقی را میدید، چگونگی مبیع‌را در مییافت و عالم به بیع شمرده میشد. و این در مذهب حنفی کافی برای اسقاط «خیار رؤیت» بشمار میرفت. یعنی مشتری حق نداشت بعنوان اینکه خانهٔ فروخته شده را ندیده بیع‌را فسخ نماید. ولی وضع‌ساختمان‌ها در دوران پیشوایان متأخر تغییر یافته ولازم بود که مشتری یکایك غرفه‌های منزل‌را ببیند تاخیار مزبور ساقط شود، مگر در صورتی که کلیهٔ منازل وخانه‌ها بر نسقی یکسان ساخته شده باشد و مادهٔ ۳۲۶ مجله نیز براین عقیده است.

---

۱ـ چاپ معارف سوریه، سال ۱۳۰۱ ه‍، ص ۱۷ ببعد.

تغییر در نص

مبدئی که بیان شد در طول تاریخ قانونگذاری‌های قدیم و جدید ثابت بوده ودر مورد قوانین عصر حاضر نیز صدق میکند. چه قوانین‌امروزی از نوع وضعی هستند وبهمان روشی که وضع میشوند دستخوش تغییر میگردند. ونص متقدم بوسیلهٔ نص متأخر تغییر مییابد.

بیشتر فقیهان ومجتهدان اسلامی اصولا قاعدهٔ تغییر قوانین‌را پذیرفته‌اندولی در موردیکه نص روشنی از کتاب و یا سنت وجود دارد اختلاف دارند، چه نصوص قوانین اسلامی مقدس بشمار میرود و دست زدن بترکیب آنها را نمیتوان سرسری انگاشت. تردیدی نیست که نسخ در کتاب وسنت بوقوع‌پیوسته است ودر باب گذشته معنی واسباب وشرائط نسخ را بیان کردیم. بیشك نسخ جایز است، بدلیل وقوع نسخ، همچنین بعلت اینکه نسخ درحقیقت تعدیل نصی است بانص دیگر. ولی‌آیا جائز است نصی را با غیر نص تعدیل کرد، یعنی از راه اجتهاد یا قانونگذاری یا تبعیت از عرف وعادت ویا از راههای دیگر میتوان نصی را نسخ کرد یا نه؟

پاسخ‌این سؤال دقیق‌است ونیازمند به‌تفصیل. اگر نص‌مربوط به‌امور دینی و عبادات باشد، «تا زمین زمین وآسمان آسمان است» ثابت و تغییر ناپذیر میماند، چه اصول دین وقواعد توحید وایمان در حقیقت یگانه و ازلی وابدی است و در آن تعبد والتزام به‌نص لازم‌است[1]. زیرا دین، برای هر بشر زنده در هر نقطهٔ جهان‌لازم است وتغییرات زمانی ومکانی واحوال دیگر درتغییر دادن دین بی‌تأثیر است[2]. ولی بطوریکه در فلسفهٔ قانونگذاری شریعت روشن کردیم درحقوق اجتماعی بایدبمعانی وعلل وجودی احکام توجه کرد وجمهور فقهاء بر این متفقند. ولی اختلاف آنان‌در

۱ــ الموافقات، ج ۲، ص ۳۰۰ ببعد.

۲ــ الاحکام ابن‌حزم، ج ۵، ص ۵.

تغییر احکام متکی بنص میباشد که عده‌ای بحرمت آن حکم داده وعده‌ای آنرا ، فقط در برخی احوال ، جائز شمرده‌اند.

جمهور فقیهان مخالفت با نص کتاب و سنت را مطلقاً جایز نمیدانند و فتوای مخالف نص را حرام میشمارند . وتوجه به‌عرف وعادت یا عسر وحرج را مخصوص مواردی میدانند که نصی در آن وجود نداشته باشد .

ابوحنیفه وشاگرد اومحمد وهمچنین شافعی و داوودظاهری ودیگران[۱] جملگی برعقیدهٔ فوق متفقند واز شافعی چنین نقل شده‌است که میگفت : «هرگاه ازفرستادهٔ خدا روایتی نقل کنم وبموجب آن‌عمل ننمایم بدانید که عقل‌خودرا از دست‌داده‌ام»[۲]. وهمچنین ابن‌حزم ظاهری معتقد است که «ازهیچ‌حکم‌ثابتی بدون وسیلهٔ نص‌نمیتوان عدول کرد و تغییر زمان ومکان واحوال‌را نمیتوان بهانه قرارداد ، چه‌این‌کار ناروا وباطل است»[۳].

باوجود اینها ، گروهی از خلفاء وپیشوایان وفقیهان بتغییراتی که در تفسیر نصوص راه می‌یابد و نیز به‌تغییر در اجتهاداتی که مبتنی بر آن تفاسیر هستند بلحاظ تغییر علت یا از بین رفتن عرف وعادتی که اجتهاد قبلی بر آن مبتنی بوده است و یا باقتضای‌ضرورت ومصلحت معتقدند ، ودراین‌خصوص میتوان امثلهٔ زیادی در کتابهای فقهی یافت .

چند نمونه از این تغییرات را ذیلا نقل می کنیم ، بدون اظهار نظر مثبت یا منفی وبدون توجه به‌مذهبی معین ، بتوضیح وذکر منابع و مآخذ آن میپردازیم .

---

۱ـ الام (ج ۷ ، ص ۲۷۵) والمستصفی (ج ۱ ، ص ۱۳۹) و اعلام الموقعین (ج ۲ ، ص ۲۰۸ ببعد) والاشباه والنظایر ابن‌نجیم (ص۳۳) .

۲ـ اعلام‌الموقعین ، ج ۲ ، ص۲۱۰ .

۳ـ الاحکام لاصول الاحکام ، ج ۵ ، ص۴ .

**رویه‌ها وپیشینه‌های عمر بن خطاب**

عمر بن خطاب ، خلیفه فاروق بیشك پایه گذار دولت بزرگ اسلامی بود و بعدل و دادگستری مشهور وبدلیری و بی باکی موصوف بود . و دولت در زمان او نیرومند ودیده‌بان حقوق افراد ومصالح ایشان بود . دوران عمر با فتوحات فراوان ودگرگونیهای مشهود همراه بود و در نتیجه نیازمندیهای تازه‌ای پیدا شد و عادات پیشین تغییر یافت . در نتیجه تغییر عادات و نیازمندیها ، در برخی از احکام وفتاوی دوران پیامبر وابوبکر نیز تغییر راه یافت .

عمر دراین امر باحزم و قاطعیت رفتار مینمود واگرسیاست شریعت ومصلحت مسلمانان اقتضاء میکرد که درتفسیر نصوص تغییری دهد ، بی‌پروا این کار را انجام میداد . چند نمونه در زیر آورده میشود .

۱ـ در مورد «المؤلفة قلوبهم» .

قرآن کریم موارد مصرف صدقات را در این آیهٔ کریمه[۱] : « انما الصدقات للفقراء والمساکین ، والعاملین علیها ، والمؤلفة قلوبهم ، و فی‌الرقاب و الغارمین ، و فی‌سبیل‌الله وابن السبیل ، فریضةً من‌الله» بیان فرموده است[۲]. ومؤلفة قلوبهم[۳] کسانی بودند که پیغمبر برای استمالت دلهایشان وبعلت ضعف ایمان ، یا دفع شر و یا مقام

---

۱ـ سورهٔ توبه (۹) ۶۰ .

۲ـ فقرا و مساکین نیازمندانند . و عاملان آنهائی هستند که در جمع‌آوری صدقات میکوشند ، ومعنی «وفی‌الرقاب» اینست‌که قسمتی از صدقات را برای آزادکردن بندگان‌باید مصرف‌کرد ومراد از«وفی‌سبیل‌الله» کسانی هستندکه درحال جهاد میباشند وبالاخره«ابن‌السبیل» کسی است‌که در سفر وامانده است . رجوع شود به‌تفسیر فخررازی (ج ۴ ، ص ۴۶۰ـ۴۶۴) وتفسیر جلالین (ج ۱ ، ص ۲۲۲) .

۳ـ اسامی آنها درکتاب المعارف ابن‌قتیبه ص۱۴۹ آمده است.

ارجمندی که در قوم وقبیلهٔ خود داشتند چیزی از صدقات بآنان میداد[۱].

ولی علیرغم این نص صریح قرآنی عمر سهم این عده را لغو کرد و اعلام داشت که: «پیامبر در زمان‌خودبرای استمالت و دلگرم کردن‌شما اینکاررا انجام‌داد ولی اینك‌خداوند اسلام را نیرو وعزت بخشیده واز شما بی‌نیاز ساخته است. چنانچه براسلام پایدار نمانید، میان ما وشما شمشیر آبدار حکومت خواهد کرد»[۲]. «برای مسلمان بودن بکسی چیزی نمیدهیم. هر کس میخواهد باسلام بگرود و هر که نمی‌خواهد کفر را پیشهٔ خود سازد»[۳].

نص مزبور برضرورت دعوت مردم به‌اسلام و لزوم یاری آن مبتنی بود، ولی پس از آنکه اسلام شکوه ونیرو گرفت، علت مذکور از بین رفت وپسر خطاب حکم نصی راکه برآن مبتنی بود نسخ کرد.[۴]

۲ـ در مورد طلاق.

در زمان پیامبر وابوبکر و اوائل خلافت عمر هر کس زن خود را در یك مجلس سه مرتبه طلاق میداد آن طلاق بمنزلهٔ یکبار و رجعی شمرده میشد. پس سنت[۴] چنین بود وهمچنین‌ازآن پس‌اجماع نیزوجود داشت. ولی‌عمرچون‌دیدمردم این امر را خیلی کوچك وسبك میگیرند وغالباً زنان خود را دریك مجلس سه‌طلاقه

---

۱ـ تفسیر این مطلب را باتوجه به‌اختلاف مذاهب در این مورد در فتح‌القدیر (ج ۲، ص ۱۴ـ۱۵) والشرح‌الکبیر (ج ۲، ص ۶۹۶ ببعد) و المجموع در شرح المهذب (ج ۶، ص ۱۹۷ ببعد) ببینید.

۲ـ فتح‌القدیر در همانجاکه قبلا گذشت.

۳ـ بروایت بیهقی، رجوع کنید به‌المجموع در محل یاد شده.

۴ـ چنانکه حکم را دائر مدار علت بدانیم (در واقع نیز چنین است) بمحض ارتفاع علت حکم نیز مرتفع خواهد شد. مترجم

میکنند . برای اینکه آنان را کیفر دهد واز این عادت باز دارد این نوع طلاق را سه طلاقه وبائن شمرد . ولی آنچه را که عمر در زمان خود پسندیده بود پس‌از وی بنظر عده‌ای از فقیهان ناصواب آمد وبه‌سنت نبوی باز گشتند[1] یکی‌از فضلای‌معاصر[2] عمل عمر را نوعی الزام از طرف‌پیشوا در اعمال سیاست شرعی دانسته و میگوید ، «هیچ فرد یا گروهی‌حق تغییر قوانین‌مستند به‌کتاب وسنت‌صریح‌را ندارد . همچنین نمی‌تواند مردم را مخیر کند تا بدان قوانین عمل کنند ویا از تغییرات نوین‌پیروی نمایند .

۳ــ در مورد فروش ام ولد .

هر گاه کنیزی از مالك خود فرزندی بیاورد ، او را در اصطلاح فقه ام ولد میگویند در عهد پیامبر و ابوبکر فروش این قبیل کنیزان جائز بود ولی عمر از این عمل جلو گیری کرد واظهار داشت : «خون‌ما باخون ایشان درآمیخته است» .

واین نظری موجه است . چه ، بقول ابن رشد فیلسوف : «از اخلاق پسندیده دور است که شخصی‌مادرفرزند خود را بفروشد . با آنکه رسول خدا فرموده است : برانگیخته شدم تا مکارم اخلاق را تکمیل کنم»[5] .

---

۱ــ به‌حدیث ابن‌عباس در صحیح مسلم بشرح نووی ، ج ۱۰ ، ص۷۰ .

۲ــ اعلام الموقعین (ج ۳ ، ص ۲۴ــ۴۲) ، وقانون مصری شمارهٔ ۲۵ سال ۱۹۲۵

۳ــ حضرت شیخ احمد محمدشاکر ، درکتاب خود «نظام‌الطلاق فی‌الاسلام» مصر ، ۱۳۵۴ ه ، شمارهٔ ۹۰ .

۴ــ بطوریکه در متن مذکور افتاده ، بنظر میرسدکه اقدام عمر باقتضاء وقت ورعایت عناوین ثانویهٔ شرعی بوده‌است والاجریان صیغهٔ طلاق‌برای بارنخست آنرا حاصل نموده‌است. مجدداً اقدام بهمان عمل در همان جلسه و بهمان وضع تحصیل حاصل بوده وبحکم عقل باطل است . مترجم

۵ــ بدایةالمجتهد ، ج ۲ ، ص ۳۲۶ .



محمصانی، صبحی
فلسفهٔ قانونگذاری دراسلام
ترجمهٔ ابراهیم گلستانی
چاپ اول: ۱۳۴۶
چاپ دوم: ۱۳۵۸
چاپ وصحافی: چاپخانهٔ سپهر، تهران

بهر حال از تقدیم این ارمغان بدوستداران علـم حقوق شاد و خرسندم واز کوشش‌ها وتسهیلاتی که مؤسسهٔ محترم فرانکلین تبریز در راه نشر این کتاب مبذول داشته‌اند صمیمانه سپاسگزاری مینمایم .

آذرماه ۱۳٤٦

**اسمعیل گلستانی**

ناپسند نمیباشد و پنجمی مباح است که فعل و ترکش برابر وشخص مخیر بین آندوست[١].
مثلا در آیهٔ کریمهٔ «احل الله البیع و حرم الربا»[٢] بیع حکم تکلیفی مباح و ربا حکم تکلیفی حرام وممنوع است.

اما حکم وضعی آنست که موضوعاً سبب یا شرط یامانع برای افعال باشد و یا مترتب بر افعال گردد مانند صحت وبطلان و رخصت وعزیمت و غیره. پس اگر گفته شود قتل سبب قصاص است معنی آن این است که قصاص حکم وضعی مترتب بر فعل قتل است وهمچنین «تسلیم مبیع درعقد بیع» شرط است[٣] چه تسلیم ازشروط ایفاء عقد میباشد و در مجلهٔ احکام عدلیه خیار عیب مانع از لزوم بیع شمرده شده است زیرا عیب در مبیع یعنی صفاتی که ارزش مبیع را پائین آورد، بمشتری اختیارفسخ میدهد و این مانع از اعتبار لزوم بیع میگردد. یا اینکه مثلا معاملهٔ رشید صحیح است و معاملهٔ دیوانه باطل بنابراین حکم وضعی مورد اول «صحت» و حکم وضعی مورد دوم «بطلان» است. واز امثلهٔ رخصت موارد ضروری است که حکم آن اباحه و ترخیص است وبالاخره عزیمت عبارت از احکامی است که در اصل تجویز شده‌است مثل عقود مشروعه[٤].

---

١ـ الاحکام آمدی ج ١، ص ٥٠ـ٦٤.

٢ـ البقرة (٢) ٢٧٥.

٣ـ گمان نمیرود تسلیم مبیع از شروط عقد بیع باشد چه بمجرد وقوع بیع تملیك حاصل شده ومشتری خود نیز میتواند مبیع را تسلم نموده وبدست آورد. بلی میتوان گفت که قدرت و توانائی برتسلیم مبیع از شرایط بیع میباشد. (مترجم)

٤ـ رخصت وعزیمت زمینهٔ دوحکم ثانوی میباشند چه احکام شبیه بهاباحه را بهرخصت و احکام شبیه بهوجوب را بهعزیمت تعبیر میکنند مثلا آیا برمسافر افطار و قضاء روزه واجب است یا اینکه (افطار) حقی است که خود مسافر میتواند صرفنظر نموده و بهنگام مسافرت نیز روزه‌دار باشد. قول اول عزیمت است که عده‌ای ازجمله مذهب شیعه بدان قائل است و قول دوم رخصت که اکثریت اهل سنت بدان رفته‌اند. (مترجم)

۴ـ در مورد دزدی وسرقت .

کیفر سرقت در اسلام حد شرعی است وحد آن بموجب آیهٔ کریمه : «والسارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما »[1] وبدلیل سنت فعلی و قولی ، همانا بریدن دست سارق است . ولی عمر این حد را در سال خشکسالی نسخ کرد ، وعلت نسخ ، ضرورت و نیازمندی وحفظ نفوس بشری بود . واجماع نیز این نسخ را تأیید کرد[2،3] .

۵ـ در مورد زنا .

کیفر زانی غیر محصن ، یعنی کسی که دسترسی بههمسر قانونی خود ندارد[4] ، نزد جمهور فقیهان صد ضربهٔ شلاق ویا یکسال تمام تبعید است . حکم تبعید مستند بسنت مشهور است[5] گرچه ازعمربن‌الخطاب روایت شده است که عمرربیعةبن امیة بن خلف را تبعید کرد ونامبرده به روم رفت وعمر گفت : «از این پس کسی را تبعید نمی‌کنم»[6] . این کار عمر بجهت جلوگیری مسلمانان ازپیوستن بهدشمنان بود .

۶ـ در مورد تعزیر .

تعزیر در قوانین‌جزائی اسلام یک‌مجازات تأدیبی‌است که میزان وچگونگی آن بنظر قاضی بستگی دارد ودر مواردی که شریعت برای جنایت یا گناهی کیفر خاصی معین نکرده‌است ، قاضی‌بنظرخود مجازاتی تعیین و اجرا میکند . درحدیث

---

۱ـ سورهٔ مائده (۵)۳۸ .

۲ـ اعلام الموقعین ، ج ۳ ، ص ۷ـ۹ .

۳ـ بنظر فقیهان شیعه اگر سارقی در روزگار مجاعه وخشکسالی مرتکب سرقتی‌شود ومال مسروقه از مأکولات باشد از حد معاف است. مترجم

۴ـ خواه سالبه بانتفای موضوع باشد و یا محمول؛ بشرحی که در کتب فقهی آمده مترجم

۵ـ نیل الاوطار ، ج ۷ ، ص ۷۳ ببعد .

۶ـ تفسیر فخررازی ، ج ۶ ، ص۲۱۷ .

شریف آمده است که : «در غیر مورد کیفرهای معین قانونی بیش از ده ضربهٔ شلاق نباید زده شود »[1] ولی عمر دربارهٔ کسی که مهر بیت‌المال را جعل کرده بود به صد ضربهٔ شلاق حکم داد[2].

برخی از فقهاء حدیث شریف فوق را منسوخ دانسته‌اند . ولی بموجب تأویل اصحاب امام مالك این حکم مخصوص بدوران پیغمبر بود[3]. واز اینجا میتوان نتیجه گرفت که برخی از احکام مستند بنص در نظر مالکیان محدود بزمانی معین است وبا گذشت زمان قابل تغییر میباشد.

۷ـ در مورد دیه برعاقله .

در قانون اسلام خونبهای جنایات غیر عمد (خطائی) در برخی موارد برعهدهٔ عاقله است . عاقله در زمان پیامبر بهقبیلهٔ جانی اطلاق میشد وفقیهان مکتب حجاز هم بهمین رویه رفتار میکردند . ولی در زمان عمر که امور ارتشی و کشوری در آن نظمی یافت وحمایت قبیله از فرد جایش را به حمایت دولت سپرد . بفرمان عمر در این موارد دیــه نیز بدولت واگذار گردید و مکتب عراق از این رأی عمر پیروی کردند .

سرخسی این تغییر نص شرعی را چنین توجیه میکند که : «در پاسخ اینکه

---

۱ـ آنرا بخاری و مسلم و احمد و صاحبان سنت‌های چهارگانه با برخی اختلافات عبارتی نوشته‌اند . رجوع شود به‌البخاری بشرح‌العینی (ج۲۴ ، ص۲۳) وصحیح مسلم (ج۵، ص ۱۲۶ ) ، و سنن ابی داود (ج ۴ ، شماره ۴۴۹۱ ) و الجامع الصغیر از سیوطی ( ج ۲ ، شمارهٔ ۹۹۵۱) .

۲ـ بنظر نمیرسدکه حدیث مذکور صحت داشته باشد ، بنا باستنباط ازکتب فقهی و رویه‌هائیکه بوده در تعزیر میتوان بیش از ده ضربهٔ شلاق زد ولی اندازهٔ آن نباید از حدهای شرعی تجاوز کند . مترجم

۳ـ شرح‌النووی بر صحیح مسلم ، ج ۱۱ ، ص ۲۱۱ـ۲۲۲ .

چرا صحابه برخلاف حکم پیغمبر اجماع کردند ، باید گفت این اجماع به‌مقتضای روش پیامبر انجام گرفت . چه آنان میدانستند که پیغمبر پرداخت خونبها را ازاین رو به‌قبیله موکول کرد که در آن زمان قبیله از نیروی مرد استفاده میکرد . ولی در زمان عمر تمام نیروها از آن‌دولت شد . و ای‌بسا که شخص دوشادوش سربازان دولتی با قبیلهٔ خود میجنگید » . ولی شافعی این تعلیل را نپذیرفته است ، زیرا عاقله در دوران پیامبر برقبیله اطلاق میشد وبعقیدهٔ شافعی پس از پیامبر نسخ روانیست[1] .

**رویه‌های برخی از خلفای دیگر**

روایت بخاری از خلیفهٔ نیکوکار عمربن عبدالعزیز را میتوان مثالی برای تغییر وتحول سنت دانست که میگفت : «هدیه در زمان پیغمبر خدا ارمغان و تحفه بود ، ولی امروز رشوه است » . درحقیقت پیامبر و ابوبکر و عمر از مردم هدیه می‌پذیرفتند . ولی عمربن عبدالعزیز از قبول آن امتناع ورزید وآنرا زشت شمرد و رشوه دانست[2] .

همچنین در زمان پیامبر وابوبکر وعمر وعثمان بنا بنقل بیهقی از زهری دیهٔ نصرانی ویهودی مانند دیهٔ مسلمان وبهمان اندازه بود . ابوحنیفه نیز خونبهای اهل ذمه را مساوی خونبهای مسلمان دانسته ولی بنظر مالك و ابن حنبل دیهٔ اهل ذمه معادل نصف وبنظرشافعی معادل ثلث‌خونبهای مسلمان است . بازبنقل بیهقی اززهری معاویه نصف این دیه را بنفع بیت المال ضبط کرد و نصف دیگر را بکسان مقتول

---

۱ــ میتوان گفت که عشیره وقبیله بصورتی که در صدر اسلام‌بود باتأسیس دولت ازمیان میرود وحکم عاقله نیز سالبه به‌انتفای موضوع میگردد . مترجم

۲ــ المبسوط ، ج ۲۷ ، ص۱۲۵ــ۱۲۶ .

۳ــ صحیح بخاری ، بشرح عینی ج ۱۳ ، ص ۱۵۴ .

پرداخت . عمر بن عبدالعزیز سهمیهٔ بیت المال را لغو کرد و دستور داد تنها معادل نصف مسلمانان به‌خانوادهٔ دمیان پرداخت شود[1]. عمل این دو خلیفه درحقیقت مغایر سنت و کردار صحابه بود ولی بمقتضای سیاست شرعی آن روزچنین حکمی داده‌شد.

**ابویوسف حنفی**

اگر نص شرعی برپایهٔ عرف وعادات استوار باشد ، وسپس عرف وعادت‌تغییر پذیرد ، آیاتغییر نص رواست ؟ بعبارت دیگر آیا رعایت نص مبتنی برعادت‌قدیم لازم است یا رعایت عادت تازه ؟

بدون تردید بیشتر فقهاء از جمله ابوحنیفه ویار او محمد بن حسن شیبانی مراعات نص را لازم میدانند نه‌پیروی ازعرف وعادت‌را . ولی ابویوسف قاضی‌القضاة بغداد در این مورد باایشان مخالفت کرده است واز روی استحسان بوجوب ترك‌نص ولزوم پیروی از عادات تازه معتقد است ، «چه منظور از صدور نص تنفیذ عادت بوده است»[2]. ومجلهٔ احکام عدلیه هم با توجه بدو قاعده ، «کردارهای مردم حجتی است که عمل‌بدان‌واجبست وتغییر قوانین با گذشت زمانها درخور اعتراض نیست»[3] گفتار ابویوسف را پذیرفته است همچنانکه انجمن تدوین مجله در گزارش خود بصدراعظم وقت چنین اعلام کرد، «قوانین مبتنی برعرف وعادت با تغییر وتحول زمان ، تغییر پیدا میکند» .

مثالی برای توضیح میآوریم . معلوم است که در صدر اسلام خرید و فروش

---

۱ـ نیل‌الاوطار ، ج ۷ ، ص۵۵ .

۲ـ المنافع (ص ۳۰۹ و ۳۲۴) ، وفتح‌القدیر وحاشیه‌اش العنایه (ج ۵ ، ص ۲۸۳ ) والموافقات ( ج ۲ ، ص۲۸۳) .

۳ـ دو ماده ۳۷و۳۹ . رجوع شود بشرح علی‌حیدر برمادهٔ ۳۷.

گندم وجو بحسب حدیث «البر بالبر کیلا بکیل ، و الشعیر بالشعیر کیلا بکیل»[۱] با پیمانه بود . وبنابراین در خرید وفروش گندم وجو لازم بود با پیمانه سنجیده شود وسبب آن نیز اقتضاء عرف وعادت روزگار پیغمبر ﷺ بود .

اما در زمانهای بعد این عرف وعادت تغییر یافت و گندم وجو را ازآن پس در اغلب بلدان وزن کردند[۲]. آیا این عادت تازه را بعلت مخالفت با نص بایدمردود دانست ؟ بنظر ابویوسف جواب این پرسش منفی است . شاید او دراتخاذ این عقیده ازآزمایشها وتجربیات عملی خود در مقام دادرسی متأثر بوده است .

بیشك نظر ابویوسف موجه وموافق با نیازمندیهای تازه ونظریات حقوق جدید است[۳]. بعلاوه با قاعدهٔ عمومی : بودونبود معلول بستگی بهوجود و عدم علت دارد ، سازگار است . نظر بهمین قاعده است که برخی ازفقهاء برای اثبات روز اول ماههای عربی خصوصاً ماه رمضان تمسك بهقواعد نجومی وفلکی را تجویز کردهاند وحدیثی منقول دراین مورد را که دستورمیدهدتنها بهرؤیت هلال اعتماد کنند و روزهبگیرند ، چنین تفسیر کردهاند که چون در زمان صدور این حدیث مردم بیدانش و فرهنگ بودند ازنوشتن وعلم حساب بهرهای نداشتند ، از اینرو میبایست برؤیت هلال اعتماد کنند ... ولی اکنون که این علت منتفی شده است ومردم بخواندن ونوشتن و علم حساب آشنائی پیدا کردهاند ، حکم مزبور نیز منتفی میشود . وبـاید بهدانشی یقین آور مراجعه کنند وتنها رؤیت هلال را مبنای کار خود نشمارند ، مگر درصورتیکه

---

۱ـ کتاب المغنی از ابن قدامه ، ج ۴ ، ص ۱۳۶ .

۲ـ فتح القدیر در محل یاد شده ورسالهٔ نشرالعرف از ابن عابدین (ص ۸) .

۳ـ بهفرهنگ اجتهاد عمومی از دالوز تحت عنوان قانون شماره ۵۴۵ : *Rep de Jurisqrudence gen, Vo. Loi*) مراجعه کنید .

استفاده از وسایل علمی برای آنان دشوار باشد[1].

**قرافی مالکی**

امام شهاب‌الدین ابوعباس احمدبن ادریس (متوفی بسال ٦٨٤ ه ) معروف به قرافی مصری در زمان خود رئیس‌مذهب مالکی درمصر[2] و دارای تصنیفات فراوانی بود که بهترین آنها کتاب «الفروق» در چهار جزء و کتاب «الاحکام فی‌تمییز الفتاوی عن الاحکام وتصرفات القاضی والامام» میباشد .

از نامبرده پرسیده میشود ، با توجه بآنچه در کتابش الاحکام آمده است[3] ، «اگر عادات تغییر یابند و برمدلول سابق خود دلالت نکنند آیا آراء مندرجه در کتابهای فقهی‌را باطل باید تلقی کرد وبموجب عادات تازه باید فتوی داد ؟ یااینکه باید گفت چون ما مقلدیم و بعلت عدم اهلیت اجتهاد حق قانونگذاری نداریم و در تشریع باید تابع آراء مجتهدان سابق باشیم ؟.»

قرافی پاسخ میدهد : «همانا هرآنچه در شریعت برپایهٔ عادت استوار است با تغییر عادت تحول می‌پذیرد وبا عادت تازه سازگار میشود واین معنی اجتهاد جدید نیست تامشروط به‌اهلیت باشد . این قاعده‌ایست که دانشمندان درآن اجتهاد کرده و برآن اجماع نموده‌اند ومانیز ازآنان بدون اقدام به‌پژوهش وتجدید اجتهاد پیروی می‌کنیم» .[4]

---

۱ــ حضرت احمد محمد شاکر در رسالهٔ «اوائل الشهور العربیة» ، مصر ، ۱۹۳۹ ، ص ۱۳ .

۲ــ حسن‌المحاضرة فی‌اخبار مصر والقاهرة ، از سیوطی ، ج ۱ ، ص ۱۲۷ .

۳ــ مطبعهٔ الانوار ، مصر ، ۱۹۳۸ ، ص ۶۷-۶۸ .

۴ــ این قاعده درشریعت اسلام‌سابقهٔ ممتد وغیر قابل انکار داردکه هرگاه موضوعی*

البته این پاسخ مربوط به‌احکام اجتهادی بود نه‌تغییر نصوص ، اما دنبالهٔ آن باین صورت‌ادامه پیدا میکند که «تمامی ابواب فقه که برعرف و عادت بنا شده‌است، در صورت دگرگون شدن عادت احکام نیز دگرگون میشود»، چنانچه بتوانیم این سخن را حمل بر معنی مطلق آن کنیم در اینصورت شامل کلیهٔ احکام بدون استثناء میشود وبا نظر ابویوسف مطابقت مینماید .

### طوفی حنبلی

امام نجم‌الـدین ابوربیع سلیمان بن عبدالقوی طوفی (متوفی بسال ۷۱۶ ه) از پیشوایان مشهور مذهب حنبلی[1] و از کسانی است که برتری دادن مصلحت را بر نص واجماع آشکارا اعلام داشت.

در شرح خود برحدیث شریف «لاضرر ولاضرار»[2] چنین‌آورده است ، «بهنگام

---

* تغییر یابد حکم‌آن نیز تغییر میپذیرد مثلا اگر شراب خود ویا بواسطهٔ چیزی مانندسرکه ونمك ، به سرکـه تبدیل‌گردد پاك میشود ونیز اگر چوب نجس بسوزد وخاکستر شود ویا سگ در نمکزار فرو رود و بمرور زمان به نمك مبدل گردد پاك میشود . ویا خیوان حلال گوشت زنده قابل اکل است ولی مردهٔ‌آن نجس وحرام وقس علی ذلك. بنابراین اگـرایقان کنیم‌که موضوع حکمی عرف وعادت ومقصدآن تنفیذ عادت‌است وقتیکه آن عرف وعادت‌تغییر یافت حکم آن نیز تغییر مییابد و حکم روی عادت دیگر و یـا باقتضاء یا تخییر بار میشود .
مترجم

۱ـ بهٔشرح حال او در «مختصر طبقات‌الحنابله» رجوع شود.

۲ـ این حدیث را مجلهٔ احکام عدلیه در مادهٔ ۱۹ نقل‌کرده و سند این حدیث حسن است ودر مسند احمد و الموطأ مالك و مستدرك حاکم آمده است و نیز بیهقی و ابن ماجه و دارقطنی آنرا روایت‌کرده‌اند . رجوع شود به‌الجامع الصغیر سیوطی (ج ۲ ، شماره ۹۸۹۹) والابهاج درشرح المنهاج ازسبکی (ج۳ ، ص۱۰۸) والاشباه والنظائر سیوطی (ص۵۹ـ۶۰).

تعارض مصلحت با نص واجماع ، ضرورت تقدم مصلحت بر نص و اجماع ، بر سبیل تخصیص یا تبیین ، واجب است » .

روش طوفی در تأیید نظریهٔ مصالح مرسلهٔ مذهب مالکی نیست ، بلکه رساتر است . چه بنظر طوفی در عبادات باید به‌نص و اجماع اعتماد کرد و در معاملات و دیگر احکام یعنی در حقوق مدنی و اجتماعی مصلحت را در مد نظـر گرفت . زیرا مصلحت مردم در امور حقوقی ، بحکم عادت و عقل ، بر آنان پوشیده نیست و اگر شریعت هم در موردی از بیان این مصالح خودداری کرده باشد باز در حقیقت ما را مستقیماً به‌رعایت مصالح واداشته است[1] .

بعبارت مختصرتر گوئی منظور امام نجم‌الدین طوفی در رسالهٔ « المصالـح المرسلة» از بیان حدیث «لاضرر و لاضرار» این بوده که پس از هر حکم منصوص بـاید این جمله را افـزود : « مگر در مواردی کـه مصلحت خلاف آنـرا ایجاب نماید»[2] .

وبالاخره ، ابن قیم جوزیه در ضمن بیان مثالهای صحیح دگرگونی فتواها بر حسب تغییر زمان و مکان و احوال ، از استاد خود ابن تیمیه چنین نقل میکند : «با برخی ازپیروانم دردوران تتاربگروهی از ایشان گذر کردیم که شراب‌مینوشیدند. یکی ازهمراهان من‌اعتراض نمود . من بر اوخرده گرفتم و گفتم‌خداوند شرب خمر را از این جهت ممنوع ساخت که مردم را از یاد خدا ونماز باز میدارد . ولی شراب این مردم را از قتل نفوس وبرده کردن خانواده‌ها وغارت دارائی آنان باز میدارد.

---

۱ـ کتاب یسرالاسلام واصول التشریع العام از سید محمد رشید رضا (ص۷۲ـ۷۳) و جلد نهم از المنار (ص ۷۴۵ـ۷۷۰) .

۲ـ این تعلیقهٔ مرحوم علامه شیخ مصطفی غلابینی بر سخن طوفی است بـه کتاب او «الاسلام‌روح‌المدینة» ، بیروت ، چاپ چهارم ، ۱۹۳۵ ، ص ۳۰ رجوع شود .

پس ایشان را بحال خود واگذار.»[1] این امر از مثالهای قاعدهٔ «از دو چیز بد آنرا کـه کمتر بد است باید انتخاب کرد» است کـه در باب ضرورت چگونگـی آن خواهد آمد.

خلاصه

نظریات مختلف دانشمندان حقوق و اجتماع اسلامی در مورد تغییر قوانین شرعی بر وفق گردش روزگار و احوال و اختلاف امکنه اجمالا بیان شد. اکنون ناگزیریم پنج مورد زیرین را تذکر دهیم تا اهمیت اختلاف موجود در این زمینه را بحداقل برسانیم:

اول ــ اینکه میدان اختلاف بسیار کم است، چه‌نص‌های مربوط به‌قوانین با مقایسه با نصوص مربوط به‌عبادات بسیار کم است.

دوم ــ احکامی که درمعرض تغییر وتعدیل قرارمیگیرد غالباًمربوط به‌جزئیات است نه‌قواعد کلی که در کلیهٔ کشورها از گذشته تا حال وآینده، همیشه ثابت و بر قرار می‌باشد.

سوم ــ رأی مختار نزد فقیهان اینست که هنگام ضرورت عمل برخلاف نص جائز است. چه، بطوریکه درجای خود گفته‌خواهدشد، «الضرورات‌تبیح‌المحظورات» نیازها وضرورت‌ها، محرمات را مباح میسازد.

چهارم ــ بسیاری از نص‌ها که به‌سنت منسوب است درحقیقت ارتباطی باسنت ندارد وبطوریکه در باب گذشته بحث کردیم، بسیاری از احادیث ساختگی ومجعول هستند.

---

۱ـ اعلام الموقعین، ج ۳، ص۳.

پنجم ـ برخی از احادیث ، مربوط بزندگی‌دنیوی‌افراد است ، وقانونگذار اسلامی رأی خود را در آن موارد ابراز داشته است . این آراء واجب الاتباع نیست ودلیل آن روایت مسلم است ، بدین مضمون که پیامبر برقومی گذر کرد که خرما تلقیح میکردند ، پرسید «اینان‌چه میکنند ؟» چگونگی را گفتند . پس گفت،«اگر نمیکردند بهتر بود» گفتار پیامبررا به‌آن قوم رسانیدند وآنان‌ازتلقیح دست‌برداشتند ودر نتیجه خرما نضج کامل نیافت . وقتی پیامبر چگونگی را دانست گفت: «من بشری بیش نیستم چنانچه در امور دینی به شما دستوری دهم بدان عمل کنید و اگر رأی خود را ابراز دارم بدانید کـه من بشرم » . « شما بکارهای دنیوی خودتـان آگاه‌ترید »[۱] .

بطوریکه آورده شد تغییر نصوص فی‌حد ذاته با روح شریعت اسلامی کـه بر پایهٔ آسانگیری و خوش‌بینی قرار گرفته است،چندان ناسازگار بنظر نمیرسد.

آیهٔ کریمهٔ : «یریدالله بکم الیسر و لایرید بکم العسر»[۲] و احادیث شریف : «یسروا ولاتعسروا وبشروا ولاتنفروا» (کارها راآسان بگیرید وآنهارا برخود دشوار نسازید ، مژده‌دهید ومردم را از خود مرانید)[۳]. «خذوا من‌العمل ماتطیقون» (به‌آن اندازه که میتوانید عمل کنید)[۴]. «مانهیتکم عنه فاجتنبوه ، وما امرتکم به‌فافعلوا منه مااستطعتم» (از هر آنچه شما را ازآن نهی کرده‌ام اجتناب کنید و به هر آنچه امر

---

۱ـ صحیح مسلم (ج۷ ، ص ۹۵) وشرح‌آن از نووی (ج ۱۵ ، ص۱۱۶ ـ ۱۱۸ ) . همچنین کتاب قواعد التحدیث از قاسمی (ص ۲۵۶) و حجةالله البالغة (ج۱ ، ص ۱۲۸) .

۲ـ سورهٔ بقره (۲) ۱۸۵ .

۳ـ بخاری وشرح‌آن از عینی (ج ۲ ، ص ۴۵ ) . این حدیث باکمی تغییر لفظی در صحیح مسلم (ج ۵ ، ص ۱۴۱) نیزآمده است.

۴ـ بخاری بشرح عینی ، ج ۱۱ ، ص ۸۵ .

## علم فقه

فقه در لغت بمعنی فهم است چنانچه در آیهٔ کریمه آمده است : « و طبع علی قلوبهم فهم لایفقهون»[۱]. اما در اصطلاح به‌علم شریعت اختصاص‌دارد وعالم به‌دانش‌فقه فقیه نامیده میشود[۲].

مادهٔ اول مجلهٔ احکام عدلیه میگوید : « فقه علم بمسائل شرعی‌عملی است »؛ اما تعریف فقیهان کاملتر وجامعتر است، چه فقه بتعریف آنان علم باحکام شرعی‌فرعی است که از راه ادلهٔ تفصیلی‌بدست‌آید[۳]. وبررسی این تعریف‌بقرار زیر است : نخست اینکه فقها کلمهٔ علم را گاهی بمعنی فهم و معرفت بکار برده‌اند ولی تردیدی نیست که آنان فقه را بعنوان علمی که دارای موضوعی خاص و قواعدی مخصوص است مطالعه کرده‌اند بنحویکه میتوان‌ازآن دریافت که‌آنان فقه‌را بمعنی دانشی‌دانسته‌اند که ما امروزه آنرا میشناسیم و این مناسب با نظر مترقی فعلی است[۴]. گرچه برخی از رجال‌قانون[۵] درپذیرفتن اینکه فقه‌علم‌است تردید نموده‌اند وسبب تردید بموضوع این علم برمیگردد که دائماً بتلون آراء اجتماعی رنگ‌می‌پذیرد وازحالات ومقتضیات

---

۱ـ سوره توبه (۹) ۸۷ .

۲ـ البحرالرائق شرح کنزالدقائق از ابن‌نجیم (ج ۱ص ۳) نقل از الصحاح وضیاء ـ الحلوم .

۳ـ الدر المختار از حصکفی ، (ج ۱ ص ۶) .

۴ـ پلانیول (قانون مدنی ، پاریس۱۹۲۲ ، ج ۱ شماره ۳) ، و اوستن (درکتاب‌خود *Jurisprudence, Student's edition* ، لندن ، ۱۹۲۰ ص ۷۵) وکیتون ( درکتاب خود مبادی اولیه در علم حقوق *The elementary principles of Jurisprudence* ، لندن ۱۹۳۰ ص ۱ و ما بعد آن) .

۵ـ مثلا خطابهٔ لرد رایت را در دانشگاه لندن بتاریخ ۲۴ تشرین اول ۱۹۳۷ در محلهٔ حقوقی فصلی(*LawQuarterly Review*) سال ۱۹۳۸ ص ۱۸۷ مطالعه‌کنید .

کرده‌ام باندازهٔ استطاعت وتوانائی عمل کنید).[۱،۲]

البته این نکته نیز نا گفته نماند کـه مراد از تطبیق قاعدهٔ تحول و تغییر احکام، خدای‌نکرده، تغییر دادن نصوص نیست، زیرا نصوص‌از امور مقدسه‌بشمار میروند، بلکه مـراد از این تغییر در حقیقت تغییر تفسیر این نصوص و اجتهادهای مبتنی‌بر آن است که برحسب ضرورت یا تغییر علل وعادات موجبهٔ آن عملی میشود.

از مجموع این گفتارها وبا توجه بمصادر عالیهٔ شریعت ورویه‌ها وپیشینه‌های معمول در اسلام ونظریات دانشمندان اسلامی از مذهب‌های گونا گون چنین مستفاد میگردد که حقوق‌اجتماعی کلاً برپایه‌های عقل استوار ومنافع آن دوشادوش‌مصالح و نیازمندیهای‌جامعه وعادات‌اجتماعی درحرکت است وبود و نبود قانون دائر مدار وجود وعدم علت آن میباشد[۳].

مطالبی که تاکنون نقل کرده‌ایم ثابت میکنند که قوانین اسلامی درهیچیك از ادوار تاریخ تعارضی با سنت نشؤ و تطور اجتماعی بشر نداشته و در هر زمان و مکان دوشادوش مدنیت انسانی به‌پیش رفته است[۴]. در دنیای اسلام، در زمانیکه‌مردم از جمود فکری وسکوت بیجا رو گردان بودند چون عمربن خطاب‌ها وابویوسف‌ها

---

۱ـ صحیح مسلم (ج ۷، ص ۹۱)، در صحیح بخاری باعبارت دیگری‌آمده است. مراجعه شود بشرح عینی (ج ۲۵، ص ۳۱).

۲ـ آیهٔ شریفهٔ «ماجعل علیکم فی‌الدین من حرج» وحدیث نبوی «بعثت علی شریعة سهلة وسمحة» وحدیث معروف «رفع عن‌امتی تسع: الخطا... وما لایعلمون ومالایطیقون...» نیز در زمینهٔ اثبات مدعای مؤلف بنظر اینجانب رسیده است. مترجم

۳ـ قواعد الاحکام، از عزبن عبدالسلام، ج ۲، ص ۴.

۴ـ مراجعه‌کنید به‌سخنرانی مؤلف این‌کتاب بعنوان «التشریع الاسلامی و المجتمع الحدیث» درکنفرانس مطالعات‌عربی در دانشگاه امریکائی، که با دیگرسخنرانیها دررساله‌ای بنام «العرب والحضارة الحدیثة» در بیروت ۱۹۵۱ چاپ شد، ص۳۷ـ۵۹.

همیشه وجود داشتند ، مردانی که هدفهای حقیقی اسلام را در مدنظر گرفتند واحکام وقوانین را برمعانی و مقاصدآن تطبیق کردند وتنها به‌تطبیق حروف ونصوص قناعت ننمودند .

روح شریعت هماره برپایهٔ مصلحت عمومی وخیر مطلق وآسانگیری درکارها بنا شده است وبرخی از فرنگیها که «شریعت‌اسلام را محکوم به‌جمود پنداشته‌اند»[۱] ، در حقیقت اشتباه کرده‌اند و علت این اشتباه را باید در قصور ایشان در مراجعه به مراجع اصلی شریعت وعجزآنان در فهم معانی حقیقی‌آن دانست . «ان فی‌ذلك‌لعبرة لاولی الابصار»[۲] .

۱ـ کتاب مبادی‌الشرع الاسلامی الجزائری ، تألیف زیس، چاپ الجزائر ، ۱۸۸۵، ج ۱ ، ص ۹ . (*Zeys, Traité élémentaire de Droit musulman*) .

۲ـ آل‌عمران (۳) ۳.

# فصل دوم

## حیله‌های شرعی

### نگاهی بتاریخ

این حقیقتی مسلم در تاریخ تمدن است که تغییرات وانقلابات اجتماعی همیشه پیشرو دگرگونی وضع قانونگذاری بوده است . همچنین بسیاری از ملل هنوز شرایع پیشین خود را حفظ کرده‌اند با آنکه نیازمندیهای زندگی اجتماعی اقتضا میکند که قوانین قدیمی را نوعی تعدیل کنند تا با زندگی نوین هماهنگی یابد و نظریات را بعمل نزدیکتر سازد .

برای تعدیل قوانین وتقریب نظر بعمل وسائلی از قبیل قانونگذاری مستقیم از طرف دولت و استحسان هاي قضائی یا ایجاد رویه و نیز حیله هـای شرعی وجود دارد .[1]

در تاریخ حقوق روم قدیم مثالهای زیادی ازطرز بکاربردن حیله‌های قانونی

---

۱ـ *Fictio Juris* . مراجعه شود بکتاب قانون قدیم تألیف ماین‌مذکور (ص۱۳ ببعد)، وتعلیقات بولوك براین کتاب . (*Introduction and Notes to Maine's Ancient Law*، لندن ، ۱۹۱۴ ، ص۸ـ۹) .

میتوان یافت که به‌برخی ازآنها ذیلا اشاره میشود:

بموجب مادهٔ دوم ازلوح‌چهارم از قانون الواح دوازده گانه[۱] اگرپدری‌پسرش را سه بار بفروشد آن پسر از سلطه و اختیار پدر بیرون میرود[۲]. ولی رومیها با حیلهٔ شرعی، این قاعده را در مورد پسرخوانده نیز اجرا کردند.

مثال دیگر: قانون ملی روم حق مالکیت[۳] را با شرط هـای معین و دشواری برسمیت میشناخت، ولی قاضی‌القضات «پریتور» در برخی از موارد شبه مالکیتی که بنام «ملکیت‌پریتوری»[۴] نامیده میشد بوجود آورد. بهمین‌مناسبت قاضی مزبورقانون «پوبلیکوس»را که بنام اونیز نامیده شد[۵] بمنظور پشتیبانی‌ازمالکیت‌پریتوری، ولی برخلاف واقع واز راه اعمال‌حیلهٔ‌قانونی، ابداع کرد که بموجب‌آن مدعی‌میتوانست مالکیت خود را، باستناد اینکه مدت زمـانی تصرف در این چیز داشته و این مدت برای تحصیل مالکیت بمرور زمان‌کافی است، باثبات رساند[۶].

همچنین در فتوی هـای حقوقدانـان روم و همچنین اجتهادات دادگـاههای انگلستان موارد زیادی ازحیله‌های شرعی ملاحظه میشود که از بقای ظاهری قانون سابق ولی از تغیر وتطور واقعی‌آن حکایت می کند.

---

۱ـ رجوع شود به مجموعهٔ قوانین رومانی از ژرار ( *Textes de droit romain* ، پاریس، ۱۹۲۳، ص ۱۳).

۲ـ *Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto.*

۳ـ *Dominium ex Jure Quiritium,*

۴ـ *In bonis habere.*

۵ـ *Actio Publiciana.*

۶ـ *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur* مراجعه‌شود بکتاب احکام (*institutes*) ازگایوس، شرح چهارم (بند ۳۶).

## حقوق اسلام

پس از بیان این مقدمهٔ تاریخی بهمطالعهٔ قوانین اسلام در بکاربردن حیلههای شرعی میپردازیم و چگونگی حیلهسازیهای قانونی را که در اسلام بدو قسمت تقسیم میشوند، مورد مداقه قرار میدهیم : حیلههای شرعی مباح و حیلههای شرعی مورد اختلاف .

حیلهٔ شرعی مباح عبارت است از بکاربردن حیله در زیر و رو کردن قانونی که برای امر معینی وضع شده است و بکاربردنآن در حالتی دیگر برای اثباتحق یادفع ستم ، ویارفع نیازمندیهای قانونی واجتماعی . بکاربردن این حیلهها هیچگونه اخلالی در مصالح شرعی بوجود نمیآورد بنابراین در تمام مذاهب جائز شناخته شده است .

مثلا اهالی بخارا بهاجارههای طویلالمدت خو گرفته بودند ولی چوناجارهٔ دراز مدت در مذهب حنفی در مورد درختان جائز نبود ، آنان با بکار بردن حیلهٔ شرعی اجارهٔ درخت را بصورت بیع وفاء[1] انجام میدادند و بدینوسیله از زیرچرخهای مانع قانونی مذکور در مذهب حنفی در میرفتند .

حیلهٔ شرعی مورداختلاف ، عبارت است ازتصرف درقانون ثابت شرعیبمنظور برگرداندن آن بقانونی دیگر با عملی ظاهراً درست ولی باطناًنادرست[2]. صحت این نوع از حیلهها مورد اختلاف است که ذیلا بطور اجمال روشن میگردد .

### حیلهٔ قانونی در مذهب حنفی و شافعی

از امام ابوحنیفه چنین روایت شده : « قصد ابطال قوانین صراحةً ممنوع

۱ــ الاشباه والنظائر از ابن نجیم ، ص ۴۱ .

۲ــ الموافقات ، ج ۲ ، ص ۳۸۰ .

است اما ابطال ضمنی آنها ممنوع نیست»[1]. پس میتوان گفت که فقیهان حنفی و برخی از فقیهان شافعی در بکاربردن حیله‌های قانونی، بمعنی دوم، نرمش نشان داده‌اند. و امثلهٔ زیادی در این خصوص در کتابهای فقهی وجود دارد که ذیلا ببعضی از آنها اشاره میشود:

اول ـ در شریعت اسلام وصیت بسود وارث معتبر نیست مگر با اجازهٔ ورثهٔ دیگر[2]. بنابراین قاعده اقرار مورث در بیماری منجر بموت دائر بر بدهکار بودن به وارثی در مذهب حنفی جائز نیست مگر بااجازهٔ وراث دیگر. چه، این نوع از اقرار در حکم وصیت است. حیله‌ایکه در این امر بکاررفته[3] اینست که مریض اقرار کند که بشخص بیگانهٔ مورد اطمینانی بدهکار است، این شخص معادل بدهی را از ترکه بردارد و بوارث مورد نظر بدهد.

دوم ـ در مذهب حنفی حق شفعه، برای شریك نسبت به ملك مشترك واموال مختلط و نیز برای همسایه، ثابت است. برای رهائی از اعمال حق شفعه راههائی پیشنهاد کرده‌اند و «خصاف» مثالهائی متعدد از آن در کتاب خودآورده است.

مثلا زید در همسایگی عمرو خانه‌ای دارد و اگر زیدخانه‌اش را بفروشدعمرو بلحاظ همسایگی میتواند ثمن را بپردازد وخانه را بشفعه مالك شود. یکی از طرق رهائی ازحق شفعه این است که زید در حضور گواهان اقرار کند که‌خانه ملك شخص دیگری است و آنگاه آن‌شخص معادل قیمت‌خانه را بعنوان هبه[4] به‌زید بدهد. این

۱ـ الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۲.

۲ـ بنظر فقهاء شیعه وصیت بسود وارث یاهر شخص دیگر بهرکیفیت جاری ونافذاست بشرطیکه از ثلث ماترك تجاوز نکند، درصورت تجاوز، مازاد منوط به‌تنفیذ ورثه‌میباشد. مترجم

۳ـ بطوریکه خصاف درکتاب الحیل میگوید، قاهره، ۱۳۱۴ ه، ص۹۰.

۴ـ همان کتاب، ص ۸۰.

عمل گرچه باطناً بیع است ولی ظاهراً بصورت اقرار بملکیت وهبه در آمده است.

ویا ممکن است زید خانه را بمشتری ببخشد و معادل ارزش آنرا ازمشتری بعنوان عوض دریافت کند وبدینوسیله حق شفعهٔ عمرو ساقط میشود[1] چه در هبه‌حق شفعه وجود ندارد[2].

سوم ـ بسبب حرمت ربا گرفتن چیزی افزون ازمقدار بدهی قانونی نیست. ولی از راه‌حیله ممکن است کالائی‌را بقیمت کمتراز ارزش واقعی به‌بستانکار بفروشد ویاکالائی را از او بقیمتی بالاتر از ارزش واقعی بخرد و یا چیزی بعنوان هدیه باو ببخشد.[3،4]

فقیهـان حنفی و برخی از فقهای شافعی مثالهائی از این قبیل را آورده و تجویز کرده‌اند. کتاب المخارج فی‌الحیل منسوب به‌محمدبن‌حسن‌شیبانی ازپیروان ابوحنیفه[5] در این زمینه نوشته شده است. گرچه انتساب این کتاب را به‌شیبانی باید با تردید تلقی کرد. چه، روایت شده است که او از بکاربردن حیله‌هائی که باعث از بین رفتن حقوق میشد، ابراز انزجار و کراهت میکرد[6].

---

۱ـ بخاری این حیله را به‌برخی از مردم نسبت داده ومرادش حنفیان است. بشرح عینی، ج ۲۴، ص ۱۲۳ رجوع شود.

۲ـ در حقوق شیعه فقط برای یکتاشریك ملك مشاع حق‌شفعه وجود دارد ودر صورتی که شریك دیگر سهم خود را فقط بعنوان عقد «بیع» بفروشد او میتواند اخذ بشفعه نماید. و برای انبازان حقوق ارتفاقی وانتفاعی وغیره ویا همسایه چنین حقی نیست. مترجم

۳ـ المغنی(ج۴،ص۱۷۹) وفتاوی‌نووی‌بنام‌المسائل‌المنثوره(دمشق، ۱۳۴۸ه،ص۵۷).

۴ـ دانشمندان‌حقوقی شیعه نیز در پذیرفتن چنین‌حیله‌هائی نرمش نشانداده‌اند.مترجم

۵ـ این‌کتاب درکتابخانهٔ قـاهره خطی است، و استاد یوسف شاخت درسال ۱۹۳۰ آنرا منتشرکرده است.

۶ـ شرح‌عینی بربخاری (ج۲۴، ص۱۰۹) والمیزان ازشعرانی (ج۲،ص۹۸ـ۹۹).

واما آنچه در این خصوص از دانشمندان حنفی باقیمانده : کتاب الحیل از احمد ابوبکر خصاف ، ونیز فصل‌های گوناگونی است که در این مورد در کتابهای حقوقی آنان دیده میشود.

کتاب ابوحنیفه که‌خطیب[۱] درتاریخ بغداد ازآن نامبرده است وهمچنین کتاب ابویوسف درحیله‌های شرعی هیچ یك‌بدست ما نرسیده است[۲].

از علمای شافعی ، ابوبکر محمدبن‌عبدالله صیرفی (متوفی بسال ۳۳۰ ه) و ابوالحسن محمدبن‌یحیی بن‌سراقة العامری (متوفی بسال۴۱۶ ه) وابوحاتم محمدبن حسین قزوینی ( متوفی بسال ٤٤٠ ه ) در مورد حیله‌های قانونی کتابهائی تألیف کرده‌اند .[۳]

### نظریهٔ مذاهب دیگر اسلامی

روایت شده است که‌امام شافعی بکاربردن‌حیله‌های قانونی را جائز نمیدانست وهر کس با سیرت و فضیلت این امام‌آشنائی داشته باشد ، «میداند که او نه‌حیله‌بکار میبرد ونه مردم‌را باین‌کار راهنمائی‌میکرد... واکثر حیله‌هائی که دانشمندان‌متأخر شافعی باو نسبت داده‌اند از ساخته‌های خودشان است که‌آنها را از شرقی‌ها (پیروان مذهب ابوحنیفه) گرفته وبمذهب او داخل کرده‌اند»[۴].

وهمچنین مالك وابن‌حنبل وپیروان آنان از بکاربردن کلیهٔ حیله‌های شرعی

---

۱ـ ج ۱۳ ، ص ۴۰۳ .

۲ـ نظرة عامة فی‌تاریخ الفقه الاسلامی ، از دکتر عبدالقادر ، ۲۳۲ .

۳ـ شرح حال آنانرا در طبقات الشافعیه از ابوبکر حسینی (متوفی‌بسال ۱۰۱۴ه)، بغداد ، ١٣٥٦ ه ، ص ۱۸ و ۴۳ و ۴۹ را مطالعه فرمائید .

۴ـ اعلام الموقعین ، ج۳ ، ص۲۴۷ .

که منجر به‌تغییر حکم میشود منع کرده‌اند وابن‌قیم دراین باب شرح مفصلی نگاشته و دلائل فراوانی بربطلان حیله‌های یادشده آورده و حجت‌های طرفداران آنها را رد کرده ومیان حیله‌های قانونی وغیرقانونی فرق گذارده ومثالهای‌زیادی بیان‌نموده است[1]. او معتقداست که وضع قانون مبتنی برمصالحی است که صیانت و حفظ آنها بر ما لازم وضروریست وهر گونه عاملی که مخل مصلحت مذکور باشد باید ازمیان برداشته شود. چنانچه قانونگذاری بحکم مصلحتی قانونی نهد و سپس اجازه دهد که با اعمال حیله‌های ظاهری موجبات رهائی از زیر چرخهای آن قانون فراهم گردد، در حقیقت نقض غرض نموده است واین عمل تناقض گوئی‌است وجائز نیست وهر کس برخلاف این استدلال سخنی بگوید با روح شریعت و معانی معقولهٔ آن مخالفت ورزیده است و این امریست که هر قانونگذار و هر کس دیگر، ناپسند و ناستوده‌اش‌میشمارد: «پادشاهان جهان ... چنانچه هریك‌ازآنان سپاهیان ویا رعایا و یا خانوادهٔ خودرا از چیزی منع کند وسپس وسایل دیگری‌را تجویز نماید که‌آنان را در رسیدن بآن چیز کمك کند، تناقض گوی معرفی میشود و رعیت و سپاهیان کارهائی برخلاف منظوراو خواهند کرد، و نیز هرگاه پزشکی بخواهد دردکسی را ریشه کن سازد مریض را از اتخاذکارهائی که منجر بەایجادآن مرض میشودمنع میکند واگر چنین نکند از عهدهٔ اصلاح‌آن برنخواهد آمد، شریعت اسلامی هم که در عالیترین مراتب حکمت و مصلحت و کمال قرار گرفته است نمیتواند اعمال حیله‌های ناقض قانون را روا دارد.»

مثلا شفعه، «بمنظور دفع ضرر است و اگر برای عدم اجرای آن بتوان از حیله‌های قانونی استفاده کرد در حقیقت منظور شرع عملی نمیشود وضرر مترتب‌بر

---

۱ـ اعلام الموقعین، ج۳ ص۱۱۹ـ۳۵۲ و ج ۴ کلا، مخصوصاًص۱ـ۴۰.

آن برجای میماند».[۱]

علاوه بردلیل عقلی در غیر قانونی بودن‌احتیال دلائل نقلی زیادی نیزوجود دارد که بطور اختصار برای روشن‌شدن موضوع به‌نقل آنها اشارتی میرود.

۱ـ منظور واقعی از نصوص شرعی رعایت مصالحی است که علت حکم‌بشمار میرود نه‌صرف‌اعمال شرعی، بنابراین باید کلیهٔ اعمال‌را بروفق روح وحقیقت، نه برحسب ظاهر، تفسیر کرد واز بکاربردن‌حیله‌های‌خارجی که ظاهری آراسته و باطنی حرام وناپسند دارند خودداری کرد.

مثلا آیهٔ کریمهٔ: «ولاتسبوا الذین یدعون من دون الله فیسبوا الله عدواً بغیر علم»[۲] مسلمانان را از بد گفتن به بتان باز میدارد تا بت‌پرستان هم در مقام مقابله بمثل برنیایند وخدای متعال را دشنام ندهند.

باتوجه باین معنی است که در صحیح بخاری از قول پیامبر روایت شده‌است که: «از بزرگترین گناهان این است که کسی به‌پدر ومادرخود دشنام‌دهد. گفتند ای فرستادهٔ خدا آیا چگونه‌آدمی به‌پدر ومادر خود دشنام میدهد ونفرین میفرستد. گفت به‌پدر دیگری‌دشنام میدهد، او نیز درجواب پدر ومادر اورا دشنام میدهد»[۳].

۲ـ درحیله‌های قانونی نوعی خدعه و فریب بکار رفته است و خدعه بدلیل آیهٔ کریمهٔ: «ولاتتخذوا آیات‌الله هزواً»[۴] و حدیث‌شریف: «لاتحل‌الخدیعة لمسلم» (خدعه ونیرنگ برای مسلمان روانیست)[۵] حرام است.

---

۱ـ همان‌کتاب، ج ۳، ص ۱۲۰و۲۶۰.

۲ـ انعام، (۶)۱۸.

۳ـ بخاری بشرح عینی، ج ۲۲، ص ۸۳.

۴ـ بقره، (۲) ۲۳۱.

۵ـ اعلام الموقعین، ج ۳، ص۲۶۱.

و پدیده‌های حیات انسانی متأثر میگردد؛ بدینجهت بعضی‌از قدماء آنرا «فن» گفته‌اند و سلسوس رومی آنرا «فن صلاح وانصاف»[۱] نام نهاده است .

ثانیاً فقه علم « باحکام شرع» است ـ معنی حکم شرعی را قبلا شرح دادیم . اما کلمهٔ «فرعی» بدین مناسبت است که احکام فقه متعلق بمسائل عملی ومترتب‌است بر افعال و اعمال مکلفین در معاملات و ارتباطات روزانهٔ آنان ، لذا احکام‌این نوع مسائل به‌فروع معروف شده تا از اصول متمایز گردد . واصول عبارت از ادلهٔ شرعیه وموضوع دانش اصول فقه است ، بطوریکه بیان شد .

ثالثاً دانشمندان «اکتساب از ادلهٔاحکام تفصیلیه» را برتعریف فقه افزوده‌اند بدینمعنی که فقیه باید حکم‌را از روی نظر واستدلال بدلائل ومآخذآن مستندنماید و در قواعد کلی کتاب المجامع این امر به « سبب‌های مطلوبه بـرای احکام » تعبیر شده است[۲] .

**فقه اسلامی مجموعهٔ قواعد دینی وحقوقی است**

بنظر مسلمـانان شریعت یاشرع شامل دستورهائی‌است که از سوی پروردگار برزبان پیامبرش جاری شده است چنانچه در آیه‌های شریفه آمده است : «**شرع‌لکم من‌الدین ما وصی به‌نوحاً و الذی اوحینا الیك وما وصینا به‌ابراهیم وموسی وعیسی**» . «**لکل جعلنا منکم شرعة ومنهاجا**» . «**ثم جعلناك علی شریعة من‌الامر فاتبعها ولاتتبع اهواء الذین‌لایعلمون**»[۳] .

---

۱ـ یوستنیانوس از او در صدر مجموعهٔ دیژستا روایت میکند : *Est autem a justitia appellatum ; nam, ut eleganter Celsus definit , jus est ars boni et aequi.*

۲ـ الآمدی (ج ۱ ص۴) و المجامع وشرح آن المنافع (ص ۳۱۱) .

۳ـ شوری (۴۲) ۱۳ ومائده (۵) ۴۸ وجاثیه (۴۵) ۱۸ .

۳ـ در روایـات منقول از پیغمبر وصحابه و تابعان مطالبی میتوان یافت که حرمت عمل کردن به حیله‌هـای شرعی را تأیید میکند . مثلا در حدیث نبوی آمده است : «هر گاه یکی از شما بدیگری قرض بدهد ومقروض بخواهد هدیه‌ای به‌داین اهدا ویا او را برمرکبی سوار کند ، بر داین است که هدیه را نپذیرد و برمرکب سوار نشود مگر در صورتیکه پیش از قرض کردن این کارها سابقه داشته باشد.»[1]

همچنین ابن‌عباس و ابن‌مسعود به‌پیروی ازسنت پیامبر قبول هدیه از بدهکار را ممنوع دانسته‌اند چه امکان دارد این حیله‌ای قانونی برای تجویز ربـا باشد و فقها وتابعان و پیشوایان حدیث[2] ازقبیل بخاری[3] وغیره همگی برمنع اعمال و بکار بستن حیله‌ها در احکام وضرورت ترك آن اتفاق دارند .

**خلاصه**

این بودخلاصه‌ای از اختلاف مذاهب در موردحیله‌های شرعی ولی مجلهٔاحکام عدلیه در این خصوص ساکت است ، گرچه شارحین مجله و اهل قضاء با مراجعه به کتب مذهب حنفی در اجتهاد خود به‌اعمال حیله درشفعه وغیر آن فتوی‌داده‌اند واین برخلاف دو قـاعدهٔ کلی «الامور بمقاصدها» ( امور بر قصدها مبتنی است) و «العبرة فی‌العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ و المبانی» (اعتبار هر عقد بر مقصود و معنی مترتب است نه برلفظ.)[4] میباشد . ازحیله‌های معروف قانونی یکی‌اینست که مورث

---

۱ـ آنرا سیوطی در الجامع الصغیر (شماره ۴۴۷) از ابن‌ماجه وبیهقی و ابن منصور نقل کرده است .

۲ـ اعلام الموقعین ، ج ۳ ، ص۱۴۹ـ۱۵۲ .

۳ـ درکتاب‌الحیل از جامع‌الصحیح‌شرح عینی ، ج ۲۴ ، ص۱۰۸ ببعد .

۴ـ مادهٔ دوم وسوم به‌تفسیری که خواهد آمد.

اقرار کند که هرچه دارد از آن دیگری است واز این راه وارث را از حق خود باز دارد . این اقرار دامنگیر مورث در زمان حیات و دامنگیر ورثهٔ او، پس ازمرگ می‌شود . وبنا بمقتضای مجله ورثه نمیتوانند ابطال این اقرار را خواستار شوند[1] .

این عمل در لبنان ، پس از وضع قوانین جدید ، تغییر یافت و وارث میتواند در مقام ابطال اقرار بر آید و ثابت کند که منظور از این اقرار فقط محروم ساختن او از حق ارث بوده است[2].

این قانون اصلاحی با نظریهٔ فقیهانی که اعمال‌حیله وتحیل‌را در قانون حرام میدانند موافق است و ابن قیم حیله گری مورث را در منع وارث از ترکه حرام دانسته وبرای این موضوع مثالهای زیادی ذکر کرده‌است وازجمله اقرار مورث‌است بنفع دیگری بهنگام فوت وبقصدجلوگیری وارث از رسیدن‌بسهم الارث خود. بنظر او یکی دیگر از حیله‌های حرام این است که مردی ، بقصد محروم ساختن زن‌خود ازسهم‌الارث ، دربیماری مشرف بمرگ باو بگوید : «اگر از این بیماری مردم ، تو پیش از مرگ من سه طلاقه هستی»[3].

---

۱ـ مادهٔ ۱۵۹۴ ، ونیز مادهٔ ۱۶۵۲ ، وارث ومورث را « در حکم متکلم واحد » میداند .

۲ـ با قیاس بماده ۵۵۳ آئین دادرسی مدنی ، رجوع شود به اجتهاد دادگاه مدنی ، لبنان در دو قرار مقدماتی ، شماره ۱۳ ، صادرهٔ ۶ شباط سال ۱۹۴۰ ، وشماره۴۷ ، صادرهٔ ۲۴ شباط سال ۱۹۴۱ .

۳ـ در مذهب شیعه این نوع طلاق وسایر اقسام طلاق بدعی اساساً باطل است و طلاق مذکور را اصطلاحاً سه‌طلاق مرسل گویند ، همچنین طلاق دادن‌زن بهنگام بیماری عملی‌مکروه است واز نظر توارث در زمان عدهٔ رجعی هیچگونه فرقی با طلاق غیر مریض ندارد و هریك از همدیگر ارث میبرند و نیز در چنین طلاقی زن تا یکسال از تاریخ طلاق ، از شوهر خود ارث میبرد ولو طلاق اوبائن باشد بشرطیکه مدت‌ازیك‌سال تجاوز نکند ومرد ازآن‌بیماری*

بطور کلی اعمال‌حیله نزد فقیهان‌حنفی و برخی از شافعیان متأخر جایزشمرده شده است ولی بعقیدهٔ محمدبن حسن‌شیبانی پیرو ابوحنیفه مکروه و نزد امام شافعی ومالك و ابن‌حنبل وپیروان دو پیشوای‌اخیر غیر قانونی وحرام است .

خلاصه‌اینکه شریعت ، بکاربردن حیله را در قـانون بطور کلی روا نداشته و چنانچه اعمال حیله در مذهبی یادر دومذهب مجاز باشد ، درمذاهب دیگر با درنظر گرفتن ادلهٔ شرعیه و رویه‌ها وپیشینه‌های معتبر باطل است[1].

---

*بهبودی نیابد و زن شوهر دیگری نکند . قانون مدنی ایران نیزاز این نظر پیروی‌کرده است . مترجم

۱ــ استاد زمیل‌جان باز مطالبی را در رسالهٔ دکتری خود در دانشکدهٔ حقوق‌دانشگاه لیون‌بزبان فرانسه بعنوان :*Essai Sur fraude à la loi en droit musulman* ، یعنی «رساله در بکاربردن حیلهٔ قانونی در حقوق اسلام»(پاریس ، مجلهٔ سیرای ، ۱۹۳۸) مطرح کرده‌است وحاوی بحثهای جالبی از این موضوع در قوانین بیگانگان است . سپس دربحث خود بمذهب حنفی از حقوق مذاهب‌اسلامی توجه‌کرده وچنین نتیجه‌گیری‌کرده است (در ص ۳۹۶) که‌بکار بردن حیله‌های مشروع در حقوق اسلامی غالباً درکشورهـائی مورد استفاده است که تاکنون بمقتضای قوانین اسلامی عمل میکردند وضمناًازتعلیم وتربیت وفرهنگ فرانسه متأثر شده‌اند . بنظرما این سخن اگر صحیح هم باشد بازمیبایستی تنهابمذهب حنفی منحصر میشد ، چه‌دیگر مذاهب اسلامی ، از قدیم‌الایام وپیش از متأثر شدن بفرهنگ غربی ، حیله‌های قانونی‌راحرام دانسته‌اند .

# فصل سوم

## قوانین موضوعه

### جواز قانونگذاری توسط حکومت

سابقاً گفته شد که درفقه اسلامی دین وحقوق بهم آمیخته‌اند واین‌سیستم‌قانونی براساس معنوی پایه گذاری شده و قانونگذار نخست، پروردگار جهان است که با فرستادن کتاب کریم ویا با زبان پیام‌آور خود تشریع وقانونگذاری کرده است و از اینجهت قانون اسلام با قوانین غربی و قوانین جدید که صرفاً ناشی از دولت میباشند جدائی پیدا میکند.

ولی باوجود اینها بشهادت تاریخ در اسلام‌خلفاء یاپادشاهان اسلامی بههنگام لزوم وبامراعات‌مصالح‌عمومی‌مستقیماً ویااز راه‌اجتهاد اقدام‌به‌قانونگذاری‌میکردند.

مجوزچنین‌قانونگذاری ولزوم پیروی از قوانین موضوعه ، مستند به کتاب و سنت و اجماع میباشد.

در قرآن ، آیهٔ کریمهٔ : « اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم»[1]

---

۱ـ سورهٔ نساء (۴) ۵۹ .

آمده است که طبعاً مراد از اولی الامر خلفاء وسلاطین میباشند .

در سنت ، احادیث صحیح : «هر کس از من پیروی کند از خدا پیروی کرده وهر کس بامن مخالفت نماید باخداوند مخالفت‌ورزیده است . وهر کس ازفرمانده و امیراطاعت کند ازمن‌اطاعت کرده و هر کس بمخالفت او اقدام نماید با من مخالفت کرده است . بشنوید واطاعت کنید گرچه‌غلامی‌حبشی را بر شما گماشته باشند . هر کس از فرمانده خود چیزی را نپسندد باید صبر و تحمل کند ، چه هر کس ، حتی اگربااندازهٔ یك‌وجب ، اقدامی برعلیه سلطان کند وبمیرد همانند مردم‌جاهلیت‌بمیرد. اگر کسی‌را بردیگران والی کنند وازوالی معصیتی دیده‌شود، دیگران بایدمعصیت را با دیدهٔ انزجار بنگرندولی از اطاعت شانه‌خالی نکنند» .[۱،۲] مؤید این مطلب است

اجماع نیز مؤید همین مطلب است و در حقیقت خلفای مسلمین در مسائل فراوانی که بآنان عرضه میشد اجتهاد کردند و چنانچه اجتهاد آنان بوسیلهٔ اجماع تأیید شود جزئی از شریعت اسلامی خواهد بود .

**جنبه‌های قانونگذاری**

مهمترین مورد قانونگذاری حکومت دراسلام بهنگام نبودن‌نص شرعی‌دربارهٔ مسائل تازه‌ایست که در صحنهٔ زندگی اجتماعی مطرح میگردد . خصوصاً در امور اداری مانند تشکیل ادارات و وضع مالیات وجمع‌آوری‌آنها وتنظیم زندانها ودیگر

---

۱ــ از احادیث دوصحیح‌بخاری ومسلم. احادیث دیگری‌نیز باکمی تغییرلفظی‌درعبارت، در این دوکتاب آمده است. نگاه‌کنید به‌صحیح بخاری باشرح‌عینی (ج۱۴ ، ص۲۲۲ وج۲۴، ص ۲۲۴ و ۱۷۸) ، وصحیح مسلم (ج ۶ ، ص ۱۳ــ۲۴) .

۲ــ قطع نظر از اصل قضیه این قبیل احادیث باعقل سازگار نیست و بنظر میرسدکه بوسیلهٔ عمال خلفاء وامرای سابق ویا برای خوشایند آنان ساخته شده باشد . مترجم

نیازمندیهای تازه که پیش از آن سابقه نداشت .

مرحلهٔ دیگر این نوع تشریع که بنام «سیاست شرعی» شناخته شده و مشتمل بر امور حسبی است و بموجب آن خلفا و پیشوایان مذهبی و فرمانداران برای رعایت مصالح عمومی و حفظ نظم در امور حقوقی میتوانند بزهکاران را بتناسب کاری که کرده‌اند تعزیر[1] وتأدیب وبزندان وتبعید واعدام محکوم کنند.[2]

همچنین بهنگامیکه مصالح عمومی وسیاست‌شرعی اقتضا میکرد خلفا ازتغییر در تفسیر نصوص خودداری نمیکردند ، موارد این قبیل از تغییرات را می‌توان در رویه‌های عمر بن‌خطاب یافت ، مثلا درمورد لغو حد سارق در سال مجاعه وقطع‌سهمیهٔ مؤلفة قلوبهم از صدقات باآنکه در قرآن کریم در عداد مستحقان بشمار آمده‌اند، همچنین لغو کیفر تبعید زناکاران ، چون یکی از محکومان به‌تبعید به‌روم پیوست و مسیحی شد .

خلیفه تأثیر دیگری هم در قانونگذاری اسلامی داشت . و گاهی مردم را به پیروی از مذهبی خاص یا اجتهادی معین فرمان میداد . امثلهٔ زیادی از این مورد را میتوان در تاریخ اسلام یافت . خلفای اموی وعباسی باهرمذهبی که مخالف آنان و سیاستشان بود سر ستیز داشتند . ابوجعفر منصور وهارون‌الرشید ، اگر امام‌مالك مخالفت نمیکرد ، میخواستند مردم را به پیروی از مذهب مالك وادار سازند و از این قبیل بود حمایت خلفای فاطمی از اسماعیلیه و ایوبیان از مذهب شافعی و ایرانیان از شیعهٔ امامی و یمنی‌ها از شیعهٔ زیدیه و وهابیان از مذهب حنبلی و عثمانیان از مذهب حنفی . بطوریکه دیدیم خلیفهٔ عثمانی قوانینی وضع کرد وقسمتی از آنها مبتنی برمذهب حنفی بود مانند مجلهٔ احکام عدلیه و قسمتی دیگر مأخوذ از

---

۱ـ معنی تعزیر را درکتاب النظریة العامة للموجبات‌والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة ، ج ۱ ، ص ۱۲۹ مطالعه فرمایند.

۲ـ مقدمهٔ ابن خلدون (ص۱۹۶) والمبسوط (ج۲۶ ، ص۱۲۴) .

قوانین اروپائی بود مانند قوانین کیفری و بازرگانی وآئین دادرسی .

بدین طریق دولت براجتهاد ومجتهدین نظارت میکند بطوریکه درمجله آمده «چنانچه پادشاه رأی مجتهدی‌را بحال مردم ومصلحت روزگار موافق‌تر تشخیص دهد وفرمانی صادر کند تا بموجب رأی همان مجتهد رفتار شود ، قاضی نمی‌تواند باستناد رأی مجتهد دیگری اقـدامی بر خلاف آن کند و در صورت اقـدام حکمش نافذ نیست .»[1]

انجمن تدوین مجله گزارش خود را چنین به پایان میرساند و آنرا بوسیلهٔ صدراعظم به‌خلیفهٔ عثمانی عرضه میدارد : «هرگاه امام مسلمانان دستور دهد که تنها بقول و عقیدهٔ مجتهدی رفتار کنند برهمگان واجب و متعین است که از این دستور اطاعت نمایند . وچنانچه این پیشنهادها شایستهٔ تصویب باشد با خط شریف همایونی آنرا توشیح فرمایند . امر متعلق به ولی امر است.»

**حدود اختیار خلیفه در قانونگذاری**

در دنیای کنونی ، قانونگذاری مخصوص پارلمان یا مراجع دیگر شبیه آن است واز رئیس دولت جز تنفیذ و نشر قوانین چیزی ساخته نیست . ولی بطوریکه دیدیم در تشکیلات اسلامی رئیس دولت به تنهائی مرکز قدرت و مصدر امـر بود و همچنین خلیفهٔ عثمانی پیش از اصلاحات اخیر ، بمجرد تعلـق اراده ، وضع قانون می کرد .

ولی بازهم خلیفه غالباً تنها به رأی‌خود قانونگذاری نمیکرد بلکه درحقیقت مقید باصول شرع وعدل بودواز مشورت با دانشمندان حقوق ، بهنگام نبودن نص ، استفاده میکرد.

---

۱ـ قسمت اخیر از مادهٔ ۱۸۰۱ .

شرط لازم فرمانبرداری از اولی‌الامر تقید او به احکام شرع و دادگری بود و مثالهای متعددی در احادیث نبوی برای تأیید این مطلب میتوان یافت: «اطاعت مخصوص کارهای نیك است. شنیدن وفرمانبردن‌حق است، تا آنجا که بمعصیت دستور ندهند و اگر امر بمعصیت شود نباید شنید ویا اطاعت کرد[1]. درمعصیت خالق نباید از مخلوق اطاعت کرد[2].»

در اینجا اشاره باین نکته لازم است که مقام امام در نظر شیعیان، با خلیفه درنظراهل‌سنت فرق میکند. امام در نظر شیعهٔ امامیه «خلیفهٔخدا درزمین‌است»[3] ودر نتیجه معصوم ازخطاست[4]. واطاعت‌از او واجب است ولی خلیفه بنظر اهل سنت کسی است که «پس از پیامبرجای‌اورا درامت او گرفته»[5] و عهده‌دار ادارهٔ امور است واز خطامعصوم‌نیست، از اینرو، بعقیدهٔ پیروان سنت «در معصیت نباید از سلطان اطاعت کرد و اطاعت مخصوص به‌کارهای نیك است.»[6]

حد دیگری که اختیار خلیفه‌را محصور میکند، شور در امور است. بنص قرآن کریم: «و شاورهم‌فی‌الامرفاذا عزمت فتوکل علی‌الله. و امرهم شوری‌بینهم»[7]

---

۱ـ همهٔ این احادیث ودیگر احادیثی که در همین مورد باعبارات‌دیگر آمده است در دو صحیح نقل شده است رجوع شود به‌صحیح بخاری وشرح‌آن از عینی (ج۱۷، ص ۳۱۴ و ج ۱۴، ص ۲۲۱)، وصحیح مسلم (ج ۶، ص ۱۵).

۲ـ سیوطی آنرا در الجامع الصغیر (شماره ۹۹۰۳) از مسند احمد و مستدرك حاکم نقل کرده است.

۳ـ اصول الکافی، از کلینی ص ۶۹.

۴ـ مقدمهٔ ابن‌خلدون ص۱۶۶.

۵ـ الملل والنحل از شهرستانی، حاشیهٔ ابن‌حزم، ج ۱، ص ۱۵۱.

۶ـ المجامع و شرح آن المنافع، ص۳۳۰.

۷ـ آل عمران (۳) ۱۵۹، وشوری (۴۲) ۳۸.

وبطوریکه بخاری نقل میکند پیامبر نیز در برخی از امور با اصحاب خود مشورت میکرده وپس از او پیشوایان نیز در امور مباح که نصی در کتاب وسنت نداشت برای اینکه آسانترین راههای فصل کارها را پیدا کنند[۱] بادانشمندان امین مشاوره میکردند. مخصوصاً عمربن خطاب دراحکام واجتهادهای خود بیش از دیگران بهمشورت کردن شهرت دارد[۲].

۱ــ شرح عینی بر بخاری (ج ۲۵ ، ص ۷۸ــ۷۹) ، وصحیح مسلم (ج ۵ ، ص۱۵۷).
۲ــ اعلام الموقعین ، ج ۱ ، ص۷۰ .

# فصل چهارم

## عرف و عادت

### عادت بصورت عمومی

عادت بمعنی کلی بروشی گفته میشود که مردم همه یا گروهی از آنان بدان خو گرفته و آنرا شیوهٔ خود ساخته‌اند . عادت در تاریخ تطور زندگانی اجتماعی و پدیده‌های مدنیت بشری نقش بزرگی‌را ایفاء کرده وهمیشه از دوعامل بزرگ یعنی وضع سرزمین و روح ملی[1] ساکنان آن متأثر میشود وهمچنین حس تقلید بشری[2] در نیرومندی وثبات ونشر آن مدخلیت تمام دارد .

عادتها برچند نوعند : برخی بامور مدنی وحقوقی وبرخی باخلاق و آداب وبعضی به‌پوشاك وچگونگی‌برخوردهای اجتماعی مربوط است وقسمتی‌دیگر عاداتی بیمعنی‌است که فقط برای سرگرمی[3] ایجاد شده‌اند .

---

۱ــ در این‌باره بکتاب «روح‌القوانین» مونتسکیو (جزء اول ، کتاب چهاردهم) ، و کتاب *cursus der institionen 1893,Leipzig*(در مقدمه) تألیف پوختا *Puchta* وکتاب‌سافینی — *Savigny, System des heutigen romischen Rochts* مراجعه فرمائید .

۲ــ بکتاب *Les lois de l' imitation* تألیف تارد *Tarde* رجوع شود .

۳ــ مثل سقز جویدن در برخی از ایالات امریکا.

پس نخستین قانونگذار خدای متعال است که مبادی شریعت اسلامی را اعم از دین وداوری وقوانین فروفرستاده است . پس‌طبیعی‌است که در دانش فقه وشریعت از عبادات و کلیهٔ معاملات بحث میشود همچنانکه دانشمندان اصول نیز این علم را از علوم دین شمرده‌اند[1] . وهمچنین ارتباط امور معاملاتی با دین و مآخذآن ومبانی تفسیر واجتهاد وپژوهش بدیهی است .

بطوریکه گذشت احکام معاملات نزد امم قدیمه با عادات دین آمیخته بود و جدائی قانون از دین متدرجاً در دنیای غرب شروع وآهسته آهسته پیشروی کرد و این جدائی درعصر درخشان امپراطوری روم بحد کمال رسید وامروزه قانون‌متعلق باموررمدنی‌واجتماعی‌وعلم‌قانون(دانش‌حقوق)مختص‌بحقوق‌دنیویهٔ وضعیه‌است[2] .خلاصه اینکه شریعت اسلامی با مبانی‌واحکام اولیهٔ خود شریعتی‌است الهی، ولی‌قانون مدنی فقط دربارهٔ معاملات بحث میکند وضمانت اجرائی آن به‌عهدهٔ دولت است که احکام آنرا باتوجه بظروف ومقتضیات ومصالح جرح وتعدیل و وضع والغاء مینماید .

### تقسیم علم فقه

بطوریکه دیدیم فقه اسلامی هم دین وهم قانون است بنابراین مسائل‌آن بدو بخش بزرگ تقسیم میشود : اول بخش عبادات متعلق بامور آخرت از قبیل ایمان ونماز و زکاة و روزه وحج که این بخش‌خارج از موضوع بحث ما دراین کتاب‌است. دوم بخشی کــه دربارهٔ امور دنیوی و احکام قانونی سخن میگوید . این بخش نیز

---

۱ــ المستصفی از غزالی ج ۱ ص ۴ .

۲ــ از اینرو تعریف وارد در اول کتاب احکام یوستنیانوس ( *Institutes* ۱٫۱)باینکه علم‌حقوق علم بامور دینی ودنیوی است : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia* عجیب بنظر میرسد .

عادتها نیز مانند سایر پدیده‌ها ورویدادهای اجتماعی بااختلاف زمان ومکان گوناگون میشود ودر هر زمان ومکان بشکل مخصوصی خودنمائی میکند.

شاطبی مثالی دراین مورد، دربارهٔ سربرهنه بودن، در روزگار خود میآورد، «در واقع این‌مطلب بااختلاف مکان فرق میکند. درشهرهای شرقی برای رادمردان کاری زشت ومخل عدالت است ولی در شهرهای مغرب‌زمین چنین نیست.»[۱]

همچنین دیده میشود که در برخی ازشهرها حلقهٔ نامزدی را پیش از ازدواج بدست راست میکنند و پس از آن بدست چپ منتقل مینمایند ولی در بعضی جاهای دیگر برعکس عمل میشود ونیز میان طبقهٔ کارگر فرانسه معشوقه گرفتن و داشتن همسر غیرقانونی معمول است وبنابراین باعث عزل وصی نمیگردد، زیرا این‌کارنزد ایشان از مساوی اخلاق شمرده نمیشود[۲] گرچه دیگران دربارهٔ این کارنظر مخالفی دارند. وقتی ملتها بتازگی پا بهستی نهادند عادت به تنهائی اساس همهٔ پدیده‌های اجتماعی وپایهٔ دین واخلاق وقانون بود وپس‌از وضع قوانین وبوجودآمدن‌دادگاهها متدرجاً اهمیت خود را از دست داد تابوضع کنونی درآمد.

بدینجهت عرف و عادت در تاریخ قـانونگذاری روم از مصادر اصلی بشمار میرفت وبرای اولین بار در الواح دوازده گانه بصورت قانون فراهم گردید وتـا ایام ژوستینین معتبر بود وهموست که میگفت «قانون نامدون آنست که در عرف پسندیده باشد.»[۳]

---

۱ـ الموافقات، ج ۲، ص ۲۸۴.

۲ـ بر این اجتهاد دادگاه استان دویه *Douai* حکـم مورخ ۱۱ نیسان ۱۹۳۸ را صادرکرد، مراجعه شود بهسیرای سال ۱۹۳۸ قسم دوم، ص۲۱۵ـ۳۱۶.

۳ـ ازکتاب الاحکام ژوستینین (*Institutes 1,2,9*) *Ex non scripto Jut venit, quod usus comprabanit:*.

بطوری که گذشت درفرانسه عرف وعادت پایهٔ قانون ایالات شمالی‌را تشکیل میداد ولی پس از تدوین قانون ناپلئون وقوانین دیگر اهمیت آن از بین رفت وفقط در مواردی از اموربازرگانی ومعاملاتی[1] بکارمیرفت. واز دانشمندان امروزفرانسه جز معدودی، کسی دربارهٔ عرف وعادت قضائی کتابی نمی‌نویسد[2] اما در انگلستان و امریکا عرف عام[3] از دلائل قانونگذاری بشمار میرود، گرچه اکثر عادات کهن، امروزه بصورت رویه‌های قضائی درآمده است، بطوریکه نادیده گرفتن آنها جایز نیست. خلاصه اینکه عرف وعادت عامل بزرگ درتحولات قانونگذاری ملت‌ها بود هرچند امروزه نسبت به‌سابق ازنیروی آن‌کاسته شده است باز درتاریخ قانونگذاری اثر حیاتی دارد ونمیتوان آنرا بدور افکند زیرا عرف وعادت پیشرو قانون وقانون جانشین آنست وپس از تدوین قانون نیز در تأیید وتفسیر وتعدیل و تحرك قانون بکار میرود ورابطهٔ قانون را با زمانهای سابق ولاحقش حفظ میکند.

**اثر عادت در قانونگذاری اسلام**

پیش از اسلام عادات و تقالید پایهٔ کلیه مظاهر زندگی عرب بود. وعرب نه در دین ونه در اخلاق وبازرگانی ومعاملات هیچگونه قانون مدونی نداشت. چون اسلام نمایان شد ونص‌های قرآن وسنت پایهٔ قانونگذاری گردیدعادت اهمیت‌پیشین

---

۱ـ مثال‌آن مژدگانی وشیرینی وانعام دادن (الراشن‌اوالبخشیش *Pourboire*) که در قدیم نوعی بخشش اختیاری بودکه بخدمتکار وغیره داده‌میشد ولی‌امروز براثر عرف درفرانسه وسایر کشورهای اروپا اجباری شده وغالباً به‌نسبت صدی ده ضمیمهٔ صورت حساب میگردد و پاداش خدمت (سرویس) خوانده میشود.

۲ـ مانند فرانسواژنی *François Gény*.

۳ـ *Common Law*.

خودرا از دست‌داد . با آنکه علمای اصول عادت‌را از ادلهٔ شرعیه نمیشارند بازعرف‌و عادت‌ازدریچه‌های گونا گونی به‌قانونگذاری اسلامی راه یافته است که ذیلا مهمترین آنهارا نقل میکنیم :

۱ـ برخی از نصوص ومخصوصاً نصوص سنت مبنی برعرفند ومثال آنرا در خصوص مکیل بودن گندم وجو قبلا نقل کردیم وطبیعی‌است وقتی‌قانون برپایهٔعرف استوار باشد در تفسیر و فهم معانی آن نیز به عرف مراجعه میشود مانند مسائل دیه و قسامه .

۲ـ سنت تقریری‌اغلب عادت عرب‌را تصویب کرده‌است‌چه نبی‌اکرم ﷺ در برابرهمگی عادتهای مستحسن سکوت اختیار کردو بدیدهٔ رضا نگریست واز اینرو همهٔآنها جزء سنن اسلام گردید .

۳ـ همانطوریکه دیدیم ، مالك ، به هنگام نبودن نص کردار اهل مدینه را اجماعی کافی و دلیلی شرعی میشمرد . عمل اهل مدینه در غالب موارد جز عرف و عادات کهن ونویکه درآن مرکز تجارت رواج داشت چیز دیگری نبود .

۴ـ اگر عرف تازه‌ای به علت نیازمندی تازه‌ای پدیدار میگشت و یا اگر عرب درفتوحات خود به‌عادات جدیدی که برخلاف کتاب و سنت نبود ، برمیخورد آنها را می‌پذیرفت . همین عادت وعرف از راه اجماع مجتهدان یاادلهٔ شرعیهٔدیگر مانند استحسان و استصلاح بعدها به قوانین اسلام ، بطوریکه در فصول گذشته بیان شد ، راه یافت .

**اثر عادت در احکام فرعی**

معنی عادت وعرف یکسانست و تعریف عادت بنقل ابن‌نجیم ازهندی درشرح المغنی چنین است : «روشی است که در اثر تکرار در نظر صاحبان طبیعت‌های سلیم

پذیرفته تلقی میشود و در نفوس مستقر میگردد»[1] و آن یا کلی است که در همه جا مورد عمل قرار میگیرد و یا مخصوص به شهری معین یا گروهی از مردم است و در هر دو صورت شرعاً معتبر است. بدینجهت است که درقواعد کلی، عرف معیار قانون شناخته شده واین قاعده یکی از قاعده‌های چهارگانه‌ای است که قاضی حسین[2] فقه را بر آنها مبتنی دانسته[3] و مجله آنرا چنین توضیح داده است: «سنجش قانون با عرف است یعنی در اثبات حکم شرعی عادات عمومی یا خصوصی‌را میتوان داورقرار داد» (مادهٔ ۳۶)،

دلیل تحکیم عادت در امور شرعی اجماع فقیهان و مبتنی بررویه‌های قضائی اسلام است ودر حدیث آمده است: «هرچه راکه مسلمانان نیك انگارند درپیشگاه خدا نیز نیك و پسندیده است»[4]. همچنین بخاری نقل کرده است که قاضی شریح در زمان عمر بن خطاب به ریسندگـان گفت: «سنت شما میان خودتـان معتبر است.»[5]

کتابهای فقهی شامل قواعد کلی دیگری درتحکیم عادت میباشد که مجلهٔ همهٔ آنها را با عباراتی شیوا و رسا بصورت زیرین بیان کرده است:

---

۱ـ درکتاب الاشباه و النظائر، ص ۳۷.

۲ـ او ابوعلی حسین ابن محمد بن احمد مرورودی، متوفی بسال ۴۶۲ ه، است. وفیات‌الاعیان از ابن‌خلکان، ج ۱، ص ۱۴۵.

۳ـ آنرا تاج‌الدین سبکی از جمع‌الجوامع نقل‌کرده، بشرح‌آن از محلی باحاشیهٔ لبنانی، ج ۲، ص ۳۷۳ مراجعه شود.

۴ـ به‌این گفتار قبلا اشارتی رفت وبگمان برخی از حنفیه، حدیث نبوی نیست بلکه گفتار عبدالله‌بن مسعود است.

۵ـ بخاری بشرح عینی، ج ۱۲، ص ۱۶.

۱ـ «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» ، (عمل مردم حجت وعمل برحسب آن ضروری است) (مادهٔ ۳۷) . این قاعده در المجامع از تلویح نقل شده است.[1]

۲ـ «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» ، (شناختهشدههای عرف همانندشروط قراردادی است) (مادهٔ ۴۳) . این‌قاعده از فتاوی ظهیریه نقل شده وبا عباراتی‌متفاوت در دیگر کتب آمده است و از جمله در بزازیه چنین آمده است « المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً» ، (شرط عرفی مانند شرط شرعی‌است) ، ودر المجامع است «العادة المطردة تنزل منزلة الشرط» ، (عادت شایع وعمومی در حکم شرط است)[2].

۳ـ «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» ، (عرف میان بازرگانان مانند شرط آنان‌است) (مادهٔ ۴۴) . ویا بعبارت قنیه ، «متعارف میان‌تجارمانند شرط است»[3].

۴ـ «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» ، (تعیین کردن بوسیلهٔ عرف مانندمعین کردن از راه نص است) (مادهٔ ۴۵) ودر المبسوط چنین‌آمده است ، «آنچه به‌عرف ثابت‌شود مانند آنست که به‌نص ثابت شده باشد) .[4]

**شرط های عادت**

عادت وقتی معیار قانون واقع میشود که شروطی را دارا باشد :

۱ـ بطوریکه از تعریف عادت برمیآید باید ، «نزد صاحبان‌طبع سلیم پذیرفته شود» یعنی معقول ومطابق با ذوق سلیم ورأی عمومی باشد .

۲ـ عادت باید از امور تکراری وشایع باشد . قاعدهٔ کلی منقول در کتاب

---

۱ـ المنافع ، ۳۰۸ .
۲ـ همان‌کتاب ، ص ۳۲۴ .
۳ـ رسالهٔ نشرالعرف ، ص ۱۵ ، از ابن‌عابدین .
۴ـ همان‌کتاب ، ص ۴ .

الاشباه و النظائر[1] و مجله چنین است : « عادت وقتی معتبر است که شایع ویا غالب باشد (مادهٔ ٤١ ) و تفسیر آنرا نیز مجله از المجامع[2] در مادهٔ ٤٢ نقل میکند که «اعتبار برای غالب شایع است نه‌برای نادر» . مثلا اگر ثمن‌مبیع مطلق باشد ونوع آن تعیین نشود بایدآنرا از نوع نقد غالب محل[3] دانست .

۳ــ در معاملات عرف سابق یا عرف معمول زمان معتبر است و عرف لاحق عطف بما سابق نمیکنند[4]. پس اگر در هر شهری انواع مختلف دنیا رو درهم وجود داشته باشد ، ثمن مطلق به‌نقد جاری و عرف غالب زمان خود برمیگردد و چنانچه پس از وقوع بیع اختلاف وتغییر دیگری روی دهد تأثیری در موضوع ندارد .

٤ــ چنانچه میان‌اطراف‌قراردادی، برخلاف‌عرف،شرط شده‌باشددراین‌صورت پیروی از عرف روا نیست ، چه عرف‌بمنزلهٔ شرط ضمنی است وباوجود شرط صریح دیگر محلی برای‌آن نمیماند .

٥ــ بطوریکه در المجامع آمده است «هنگامی عرف حجت است که‌مخالف نص فقهی نباشد»[5]. و نظر غالب فقها نیز براین است ، چه نص اقوی از عرف است. ولی ابویوسف در مورد نص‌هائیکه برپایهٔ عرف عمومی قرار گرفته‌اند بانظر مزبور مخالف است ومجله نیز از گفتار ابویوسف پیروی کرده و نظریهٔ اورا دراین‌خصوص قبلا روشن کردیم .

---

۱ــ الاشباه از ابن‌نجیم ، ص ۳۷.

۲ــ المنافع شرح المجامع ، ص ۳۲۵ . وبنا بمثل لاتینی *Ad ea quae prequentius accidunt jura adaptantur* .

۳ــ الهدایه ، ج ۳ ، ص ۱۸ .

۴ــ الاشباه والنظائر از سیوطی (ص ۶۸) ، واز ابن نجیم (ص۴۰) .

۵ــ المنافع ص ۳۲۴.

بهرحال عرف وعادت یك‌مصدر بیرونی‌برای قانونگذاری‌اسلام شمرده‌میشود وهر گونه عرفی که موافق با ادلهٔ معتبر اصولی باشد، مأخذ قانونی است و هر عرفی که خلاف روح شریعت وحکمت و نصوص آن باشد مردود است . مانند منع زن از ارث بردن وشتابزدگی وبیدرنگی درطلاق وسوگند خوردن بر آن[۱] وبکاربردن‌حیله نزد کسانیکه به‌حرمت آن معتقدند.

### نمونه‌هائی از تحکیم عادات

در مجله و کتابهای فقهی امثلهٔ فراوانی برمناط بودن عرف درمعاملات‌میتوان یافت وچند نمونه برای توضیح آورده میشود :

هر گاه خیاطی را برای دوختن جامه‌ای اجیر کنند سوزن ونخ بحکم عرف بعهدهٔ اوست و چنانچه مردی فرزندش را برای آموختن صنعتی پیش استادی ببرد وهیچکدام بردیگری اجرتی شرط نکنند ، پس‌ازآموختن درخصوص اجرت‌رجوع به‌عرف میشود و بمقتضای عرف اجرت المثل یا اجرت متداول بآموزنده پرداخت میگردد ویا بعکس او باید اجرتی به‌شاگرد خود بدهد. (ماده‌های ٥٧٤ و ٥٦٩).

وهمچنین بیع وفا یا بیع شرط را جایز شمرده‌اند یعنی هر گاه فروشنده‌ثمن را بر گرداند مشتری موظف است «مبیع را پس‌بدهد (مادهٔ ۱۱۸) . همچنین عرفی که در زمان ابن‌نجیم در بازار قاهره بنام «تخلیهٔ مغازه‌ها»[۳] مورد عمل بوده وبموجب آن

---

۱ـ بکتاب القضاء بین البدو از عارف العارف ( چاپخانهٔ بیت المقدس ، ۱۹۳۳ ، ص ۱۲۵)، وکتاب‌العدل‌البدوی *Bedouin Justice* تألیف‌کینت *Kennet* (کمبریج ، ۱۹۲۵، ص ۹۹) .

۲ـ فتاوی ابن تیمیه (مصر ، ۱۳۲۶ـ۱۳۲۹ ه ، ج ۳ ، ص ۲ وببعد) ، ومجلةالمنار (سال ۱۳۴۳ ه ، ص ۷۳۷ـ۷۴۲) .

۳ـ سرقفلی . مترجم

مالك مغازه نمی‌توانست مستأجر را بیرون کند و یا دکان را بدیگری اجاره دهد[۱] و نیز بنا بنظر مشایخ‌بخارا عرفی که بمقتضای آن کسی‌پشم رشته شده‌را بدیگری‌میداد تا نصف آن را بباقد ونیم دیگررا بعنوان اجرت بردارد، همچنین عرفی که بموجب آن بچه را بدایه می‌سپردند وبعنوان اجرت ، خوراك و پوشاك اورا تأمین میکردند، در نظر فقیهان حنفی جائز شمرده شده است . گرچه اندازهٔ اجرت درهر دوحالت نامعین است وهمچنین گفته‌اند که در مورد چیزهائی که بالتبع وحتی بدون ذکر در عقد جزء مبیع بشمار میرود وبملکیت مشتری منتقل میگردد ، باید بعرف مراجعه کرد . مثلا نردبان منفصل در عرف کوفیان درضمن بیع‌خانه بمشتری منتقل‌نمیشود ولی در عرف مردم قاهره تابع خانه است .

اگر بازرگانی چیزی را بفروشد وبا مشتری درمورد نقد یا نسیه بودن‌معامله مذاکره نکند واز طرفی عرف وعادت متعارف بازرگانان‌براین‌باشد که‌مشتری باید قسط معلومی را همه هفته بفروشنده بپردازد اطلاق بیع سبب میشود که در این‌مورد نیز برحسب عرف عمل کنند[۲].

چنانچه کسی ، دیگری را که عادةً با اجرت کار میکند مانند واسطهٔ کار و دلال و باربر و درودگر بکاری وادارد بدون اینکه اجرت او را معین کند « در این صورت او اجرتی را مستحق است که عرف وعادت بر آن جاری است[۳].»

---

۱ـ بهشرح حموی برالاشباه (ج ۱ ، ص ۱۳۶ــ۱۳۸ ) در موضوع اختلاف در جواز تخلیه ونیز بهفتاوی محمدبن بلال‌حنفی و مفتی ابوسعود و ناصرالدین لقانی مالکی و دیگران مراجعه شود.

۲ـ مثلا پرداخت روزشنبه بنام «السبتیه» میان بازرگانان بیروت وغیره معروف‌است.

۳ـ در مورد این مثالها به الاشباه و النظائر از ابن نجیم (ص ۳۸ــ۴۱) ، و رسالهٔ نشرالعرف‌از ابن‌عابدین (ص۲۷) ، وقواعد الاحکام از عزبن عبدالسلام (ج ۲ ، ص۱۳۵)،*

بعلاوه عرف و عادت تأثیر کاملی نیز در تفسیر برخی نکته‌ها دارد و در این خصوص دو قاعدهٔ کلی وارده در مجله ومنقول از المجامع[۱] را نقل میکنیم:

نخست : «الممتنع عادةً کالممتنع حقیقة» ، (آنچه عادةً ناممکن است مانند ناممکن حقیقی است) ، (مادهٔ ۳۸) ، یعنی امر نشدنی درعرف مردم مانند امر نشدنی حسی‌است . مثـال ممتنع حسی اینست که مثلا کسی ادعای فرزندی کسی‌را کند که سنش‌از او بیشتراست . و مثـال‌ممتنع عرفی اینست که نادار و درویشی دعوی کند که پادشاه مبلغ کلانی از او قرض گرفته است . اینجاست که وضع‌مورد ادعا را ، عادةً ممتنع ودرحکم محال محسوس‌باید دانست[۲].

دوم ــ «الحقیقة تترك بدلالة العادة» ، (حقیقت براهنمونی‌عادت‌ترك میگردد). (مادهٔ ٤۰ ) یعنی هر گاه معنی حقیقی لفظی مهجور و معنی مجازی آن شایع گردد باید معنی مشهور مجازی‌آن را موردتوجه قرار داد ، بطوریکه گفته‌اند «غلط مشهور بهتر از صحیح مهجور است»[۳].

*وتبصرة الاحکام از ابن فرحون(ج۲،ص ۶۵ ببعد) رجوع شود .

۱ــ المنافع شرح المجامع ، ص ۳۱۹ــ۳۳۲ .

۲ــ مادهٔ ۱۶۹۷ مجله .

۳ــ این‌مثال لاتینی دربرابرآنست: *Via trita via tuta. Communis etror facit Jus*

# فصل پنجم

## رابطهٔ قوانین‌اسلام با قوانین روم[1]

### نظریات‌گوناگون

تحقیق در رابطهٔ شریعت اسلام با قانون و حقوق روم بس باریك و دقیق و اختلافات فراوانی در اینمورد میان صاحبنظران پیدا شده است که برخی عقیده به‌تأثیر قانون روم در شریعت اسلام دارند وبعضی آن‌را نفی کرده‌اند و دستهٔ سوم‌رأی میانه ومعتدلی درپیش گرفته‌اند . نظریهٔ نخست‌از دانشمندان غربی وازخاورشناسانی از قبیل گلدزیهر در کتاب «گفتگوهائی از اسلام»[2] و فون کریمر در کتاب «تاریخ فرهنگ شرقی در عهد خلفا»[3] وآیموس در کتاب «قانون مدنی روم»[4] و امیلیوبوسی

۱ـ استاد م.م. رفیق اهم مواد این فصل را ازچاپ اول بابرخی تصرفات ازانگیسی ترجمه‌کرده ودر مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق لاهور دانشگاه پنجاب شمارهٔ ایار سال ۱۹۵۰ ص۴۳ چاپ شده است .

۲ـ *Goldziher, vorlesungen über den Islam* رجوع شود به‌ترجمهٔ فرانسهٔ آن *Le Dogme et la Loi de l'Islam* ، پاریس ۱۹۲۰ ص ۳۹ .

۳ـ *Von Kremer, culturgeschichte des orients unter den chalifen* فیانا۱۸۷۵، ج ۱ ، ص ۵۳۲ ومابعدآن .

۴ـ *Amos, Roman ciril law*، ص ۴۰۶-۴۱۵ .

به‌تقسیمات دیگری منقسم میشود که اهم آنها قوانین کیفری و ازدواج و معاملات می‌باشد.

قوانین کیفری درجنایات و بزهکاریها مانند قتل، سرقت، زنا، شرب‌خمر، قذف و مجازات و متفرعات آنها از قبیل قصاص و حدود ودیات سخن میگوید. قسم مناکحات در زواج وطلاق وفروع آنها مانند عده ونسب و نفقه و حضانت و ولایت و وصایت و ارث بحث میکند که امروز بقوانین احوال شخصیه و قانون خانواده معروفند.

قسم معاملات در امور مالی و متعلقات آن از حقوق و التزامات وعقودبحث میکند مانند احکام خرید وفروش و اجاره وهبه و اعاره و ودیعه و کفالت وحوالت وشرکت وصلح وغصب واتلاف ونظائر آنها[1].

باتوجه باین نوع تقسیم‌بندی است که مادهٔ اول مجله میگوید: «مسائل‌فقهی یا مربوط بآخرت است که عبادات میباشد و یا مربوط بدنیا است که منقسم میشود به‌مناکحات ومعاملات وعقوبات. چون مشیت‌خداوند براین قرار گرفته است که‌نظم را در این جهان تا وقتیکه معین کرده است استوار و پا برجا بدارد واین نظم جز با بقای بنی‌نوع‌بشر میسر نیست و آن نیز بر ازدواج مردان و زنان بمنظور توالد و تناسل متوقف‌است. ثانیاً بقاء انسانیت بسته باین‌است که‌افراد ازهم‌پراکنده نشوند چه فرد برحسب‌اقتضاء مزاج‌خود درامورصناعی به‌خوراکی و رخت وخانه وجایگاه نیازمند است که برآوردن آنها به‌تعاون و تشارك افراد بستگی دارد ... پس برای استقرار نظم و عدالت‌احتیاج بقوانینی است که مورد تأیید شریعت باشد؛ چه در امر

---

۱ـ برخی مسائل فقه را برسه قسم تقسیم کرده‌اند: عبادات و امور کیفری و امور حقوقی وسپس امورحقوقی را بمقررات مربوط بازدواج، ومعاملات مالی، و امانات ودعاوی تقسیم‌کرده‌اند. مراجعه شود به‌حاشیه الفتاوی الانقرویة، بولاق ۱۲۸۱ ﻫ ج ۱ ص ۱.

در کتاب «بحث‌هائی در اتباط بیزانس واسلام»[۱] ودیگران میباشد .

نظریهٔ دوم از طرف استاد فائز خوری در کتاب «الحقوق الرومانیة»[۲] و استاد عارف نکدی در رسالهٔ « القضاء فی الاسلام »[۳] و حضرت شیخ محمد سلیمان در رسالهٔ «بأی شرع نحکم»[۴] ودیگران داده شده است .

واز دستهٔ سوم از سید محمد حافظ صبری در کتاب «المقارنات والمقابلات»[۵] وسیداحمد امین در دو کتاب «فجر الاسلام»[۶] و « ضحی‌الاسلام »[۷] و سید عطیه مصطفی مشرفه در کتاب «القضاء فی‌الاسلام بوجه‌عام»[۸] ودکتر شفیق شحاته‌در کتاب «النظریة العامه للالتزام فی‌الشرع الاسلامی»[۹] و دیگران میتوان نام برد . بطوریکه مشاهده میشود دو گروه دوم وسوم از دانشمندان وفقیهان شرق‌اند و بطور کلی در این مسأله بیشتر از دستهٔ اول به تحقیق پرداخته‌اند ، گرچه برخی حقیقت مطلب را دریافته و گروهی ازآنان تااندازه‌ای گرفتار احساسات ملی خود شده‌اند .

دستهٔ نخست همگی از بیگانگانند و غالب‌آنان فقه اسلامی را بدقت مطالعه

---

۱ـ *Emilio Bussi, Ricerche introno alle relazioni fra retratto byzantino et musulmamo* ، میلانو ، ۱۹۳۳.

۲ـ دمشق ، ۱۹۲۴ ، ص ۹ـ۱۲

۳ـ دمشق ، ۱۹۲۲ ، ص ۳ . بنقدی‌که برچاپ اول این‌کتاب نوشته است ، درمجلهٔ مجمع علمی عربی دمشق ، سال ۱۹۴۷ ، ص ۲۶۱ـ۲۶۷ مراجعه شود.

۴ـ قاهره ، ۱۹۳۶ ، شماره ۴۰ .

۵ـ مصر ، ۱۹۰۲ . ص ۵ و ۱۸۶ .

۶ـ ۱۹۳۳ ، ص۲۹۰ .

۷ـ ج ۱ ( ۱۹۳۴ ، ص ۲۷۸) و ج ۲ (۱۹۳۵) . ص ۱۰۴

۸ـ مصر ، ۱۹۳۹ ، ص ۱۱۷ و مابعدآن .

۹ـ بفرانسه ، چاپ قاهره ، ۱۹۳۶ ، ص۱۸۰ .

نکرده بلکه در غالب موارد بمطالعاتی سطحی اکتفا نموده اند و بدیهی است کـه بررسی‌هائی‌ازاین‌قبیل، کافی‌بنظر نمیرسد. مثلا آیموس‌صریحاًمینویسد ، «شرع‌محمدی چیزی جز قانون امپراطوری روم شرقی نیست که بااحوال سیاسی مستملکات عربی وفق داده شده است»[۱]. این قضاوت تند، بسی سبك بنظر میرسدومنتهای مبالغه‌گوئی را میرساند بعلاوه برهان علمی که آوردن‌آن در همچو بحثی ضروری است ، بااین ادعا همراه نیست .

تنها دلیلی که صاحبان نظریهٔ اول آورده‌اند برخی از شباهت هائی است که میان برخی از احکام دو شریعت وجود دارد ویاادعا میشود که وجود دارد ونیزتأثیر شریعت وقانون‌عبریان وتأثیر عادات کشورهائی که بدست مسلمانان افتاد از شواهد این ادعا است . ارزیابی این استدلال توجه بمسائل زیر را ایجاب میکند:

اول ــ آیا شباهت پنداری، شباهتی قابل توجه و پرمایه است یا اندك و غیر قابل ذکر ؟

دوم ــ آیا مجرد وجود شباهت دلیل براقتباس‌است ؟

سوم ــ آیا فقیهان اسلام با قانون روم سروکاری داشته‌اند؟

چهارم ــ رابطهٔ دو شریعت از کجاست ؟ شریعت یهود وعادات مردم روم در سرزمینهائی که بدست مسلمانان افتاد چه رابطه‌ای میتواند بـا این موضوع داشته باشد ؟

---

۱ــ این سخنی است که استاد «لی» درکتاب تاریخ قوانین (لندن ، ۱۹۱۱ ، ص۳۲۲) ازکتاب‌آیموس (ص ۴۱۵) نقل‌کرده و اصل‌آن چنین است : *Mohamedan Law is nothing but the RomanLaw of the Eastern Empire adapted to the Political conditions of the Arab Dominions (Lee, Historical Jurisprudence)* .

**اندازهٔ مشابهت این دو شریعت**

فون کریمر میگوید[۱] موارد شباهت میان شریعت روم و اسلام فراوان است ومهمترین آنها قاعدهٔ «دلیل برعهده خواهان» ، وسن بلوغ ورشد وبرخی از قوانین بازرگانی مانند اجاره وبیع وفرق گذاشتن میان بیع و معاوضه است وا کنون واقعیت چگونگی این تشابه وتفسیر آن بیان میگردد .

اما قاعدهٔ «البینة علی المدعی» ( دلیل بر عهده خواهان بودن) که بموجب آن باید خواهان در پیشگاه دادرس خواستهٔ خودرا ثابت کند مبتنی است برحدیث شریعت « البینة علی المدعی والیمین علی من انکر»[۲] ومعلوم است که تاریخ صدور این حدیث پیش از فتوحات اسلامی وغلبهٔ اسلام است بر کشورهائی که فرمانبردارقانون روم بودند . بنابراین تصور اقتباس حدیث از قانون روم منتفی است .

اما شباهت در مسألهٔ دو گانگی بیع ومعاوضه در دو قانون فوق، توهمی بیش نیست چه در قانون روم معنی بیع مبادلهٔ مال است به‌نقد ومعنی معاوضه مبادلهٔ مال است به‌مال . وبیع[۳] ازعقدهائیست که باایجاب وقبول و بمجرد رضای طرفین منعقد میشود ولی معاوضه[۴] از عقدهای «بی‌نام» است وتنها ایجاب وقبول درآن کافی نیست ونیازمند به تنفیذ بعدی یکی از دو طرف معامله است و این، اهمیت عملی بس‌مهمی

---

۱ـ در کتابی که قبلا اشاره شد ، ص۵۳۳ و ۵۳۶ـ۵۳۷ .

۲ـ سیوطی آنرا در الجامع‌الصغیر (شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶) از ترمذی و بیهقی نقل کرده است .

۳ـ *Emptio-Venditio*.

۴ـ *Permutatio*.

۵ـ *Do ut des* ، قانون روم از ژرار، ص ۶۲۷ ومجموعهٔ دیژستا (*D,19,4*) .

نکرده بلکه در غالب موارد به‌مطالعاتی سطحی اکتفا نموده اند و بدیهی است که بررسی‌هائی‌ازاین‌قبیل، کافی‌بنظر نمیرسد. مثلاآیموس‌صریحاًمینویسد ، «شرع‌محمدی چیزی جز قانون امپراطوری روم شرقی نیست که بااحوال سیاسی مستملکات عربی وفق داده شده است»[۱]. این قضاوت تند، بسی سبك بنظر میرسدومنتهای مبالغه گوئی را میرساند بعلاوه برهان علمی که آوردن‌آن در همچو بحثی ضروری است ، بااین ادعا همراه نیست .

تنها دلیلی که صاحبان نظریهٔ اول آورده‌اند برخی از شباهت هائی است که میان برخی از احکام دو شریعت وجود دارد ویاادعا میشود که وجود دارد ونیزتأثیر شریعت وقانون‌عبریان وتأثیر عادات کشورهائی که بدست مسلمانان افتاد از شواهد این ادعا است . ارزیابی این استدلال توجه بمسائل زیر را ایجاب میکند:

اول ـ آیا شباهت پنداری، شباهتی قابل توجه و پرمایه است یا اندك و غیر قابل ذکر ؟

دوم ـ آیا مجرد وجود شباهت دلیل براقتباس‌است ؟

سوم ـ آیا فقیهان اسلام با قانون روم سروکاری داشته‌اند؟

چهارم ـ رابطهٔ دو شریعت از کجاست ؟ شریعت یهودوعادات مردم روم در سرزمینهائی که بدست مسلمانان افتاد چه رابطه‌ای میتواند بـا این موضوع داشته باشد ؟

---

۱ـ این سخنی است که استاد «لی» درکتاب تاریخ قوانین (لندن ، ۱۹۱۱ ، ص۳۲۲) ازکتاب‌آیموس (ص ۴۱۵) نقل‌کرده و اصل‌آن چنین است : *Mohamedan Law is nothing but the RomanLaw of the Eastern Empire adapted to the Political conditions of the Arab Dominions (Lee, Historical Jurisprudence)* .

**اندازهٔ مشابهت این دو شریعت**

فون کریمر میگوید[۱] موارد شباهت میان شریعت روم و اسلام فراوان است ومهمترین آنها قاعدهٔ «دلیل برعهده خواهان» ، وسن بلوغ ورشد وبرخی از قوانین بازرگانی مانند اجاره وبیع وفرق گذاشتن میان بیع و معاوضه است واکنون واقعیت چگونگی این تشابه وتفسیر آن بیان میگردد .

اما قاعدهٔ «البینة علی المدعی» ( دلیل بر عهده خواهان بودن) که بموجب آن باید خواهان در پیشگاه دادرس خواستهٔ خودرا ثابت کند مبتنی است برحدیث شریعت « البینة علی‌المدعی والیمین‌علی من انکر»[۲] ومعلوم است که تاریخ‌صدور این حدیث پیش از فتوحات اسلامی وغلبهٔ اسلام است بر کشورهائی که فرمانبردارقانون روم بودند . بنابراین تصور اقتباس حدیث از قانون روم منتفی است .

اما شباهت در مسألهٔ دوگانگی بیع ومعاوضه در دو قانون فوق، توهمی‌بیش نیست چه در قانون روم معنی بیع مبادلهٔ مال است به‌نقد ومعنی معاوضه مبادلهٔ مال است به‌مال . وبیع[۳] ازعقدهائیست که باایجاب وقبول و بمجرد رضای طرفین منعقد میشود ولی معاوضه[۴] از عقدهای «بی‌نام» است وتنها ایجاب وقبول درآن‌کافی نیست ونیازمند به تنفیذ بعدی یکی از دو طرف معامله است و این، اهمیت عملی بس‌مهمی

۱ــ درکتابی‌که قبلا اشاره شد ، ص۵۳۳ و ۵۳۶ـ۵۳۷ .

۲ــ سیوطی آنرا در الجامع‌الصغیر (شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶) از ترمذی و بیهقی نقل کرده است .

۳ــ *Emptio-Venditio*.

۴ــ *Permutatio*.

۵ــ *Do ut des*، قانون روم از ژرار، ص ۶۲۷ ومجموعهٔ دیژستا (*D,19,4*) .

دارد که تفصیل آنرا درحقوق روم باید مطالعه کرد ولی در شریعت اسلام معاوضه نوع خاصی ازبیع رضائی است[۱].

دو عقد بیع و اجاره گرچه از نظر پاره‌ای از احکام عمومی در دو شریعت همانند هستند وعلت آن ضرورت وجود روابط بازرگانی ومبادلات اقتصادی است، ولی دراحکام تفصیلی مانندخیار رؤیت و امور متعدد دیگری‌از این‌قبیل، اختلافهای زیادی میان این دو قانون‌آشکارا دیده میشود.

در مورد مسألهٔ بلوغ و رشد میان دو قانون شباهت روشنی وجود ندارد. در حقوق روم سن بلوغ برای دختر دوازده سال تمام وبرای پسر چهارده سال تمام[۲] در نظر گرفته شده ولی در اسلام، بنابر مشهور، سن بلوغ پانزده سالگی است[۳].

از اینرو میتوان آثار مبالغه گوئی و اغراق را در این ادعا مشاهده کرد چه بهیچ دلیل قانع کننده‌ای بر تأثیر فقه روم درحقوق اسلام در دست‌نیست. وچنانچه تأثیر و تأثری هم رخ داده باشد باز بسیار اندك وناچیز است ودر برابر وجوه‌تمایز اساسی و اختلافات اصولی این دو شریعت که شرح آنها از حوصلهٔ این کتاب بیرون است قابل توجه وبحث نیست و فقط چند مورد مهم‌آن ذیلا نقل میشود:

اول ـ زنان رومی زیرسرپرستی‌همیشگی بودند[۴] وتاپایان زندگی خودبدون اجازهٔ سرپرست نمیتوانستند در دارائی خود تصرفی کنند ولی‌شرع‌اسلام بزنان‌اهلیت

---

۱ـ رك. به‌ماده‌های ۱۲۲ و ۳۷۹ مجلهٔ احکام عدلیه. (درفقه شیعه نیز معاوضه‌نوعی بیع رضائی است‌که احکام خاصهٔ بیع درآن جاری نمیگردد، واینکه کدامیك از عوضین‌مبیع وکدامیك ثمن است ملاحظه نمیشود و مادهٔ ۴۶۴ قانون مدنی ایران نیز آنرا تعریف‌کرده است. مترجم)

۲ـ ژوستینین، الاحکام *Inst. 1,22*.

۳ـ مادهٔ ۹۸۶ المجله.

۴ـ *Tutela perpetua mulierum*.

استیفاء تام داده‌است و آنان مانند مردان میتوانند هر گونه‌تصرف قانونی در دارائی خود بنمایند .

دوم ـ کابین در اسلام از جانب شوهر بزن پرداخت میشود[۱] ولی نزد رومیان از جانب زن یا یکی از سرپرستان او به‌شوهر پرداخت میشد .

سوم ـ پسر خواندگی با آنکه در حقوق روم[۲] قانونی بود ، در اسلام مورد تصویب وتأیید قرار نگرفت[۳] .

چهارم ـ در حقوق روم‌عقود و آئین دادرسی دارای مقرراتی پیچیده بود ولی در اسلام بحکم قاعدهٔ ، «در عقد وقرار داد اعتبار برقصد و معنی است نه بر لفظ » و قاعدهٔ «کارها بقصد و نیت است» قضیه برعکس است .

پنجم ـ در قانون روم حوالهٔ بدهی جائز نیست ولی دراسلام بدون‌هیچگونه اختلاف آنرا پذیرفته‌اند .

ششم ـ قواعد ارث و وصیت در دو قانون اسلام و روم کاملا متفاوتند . در شرع اسلام بنظر اهل سنت ، وصیت برای وارث جائز نیست ولی در شریعت روم وصیت اساساً برای تعیین وارث است.

هفتم ـ احکامی نظیر شفعه و وقف خانه بر اولاد که در قانون اسلام پیشینهٔ روشنی دارند در قانون روم یافت نمیشود الخ ...

---

۱ـ حدیث صحیح «التمس ولو خاتماً من حدید» در صحیحین ومسند احمد و سنن ابو داود نقل شده است و (الجامع الصغیر از سیوطی ، شماره ۱۵۶۴).

۲ـ *Aduptio et adrogatio.*

۳ـ به‌مقتضای آیهٔ کریمهٔ : «وما جعل ادعیاؤکم ابناءکم ... ادعوهم لابائهم» احزاب (۳۳) ۴ . همچنین رجوع کنید به‌مقالهٔ مؤلف این‌کتاب در احکام پسر خواندگی در شریعت اسلام مقاله‌ای‌که در مجلهٔ قضائی لبنان ، سال اول ، ج ۱ ، ص۶ منتشر شده است.

**تشابه بخودی خود تا چه اندازه ارزش دارد**

تنها مشابهت میان دو قانون چه‌ارزشی میتواند داشته باشد ؟ آیا این تشابه را میتوان دلیل‌کافی بر اقتباس یکی‌از دیگری دانست؟آیا وجود پاره‌ای سازگاریها بین دوشریعت حاکی از اینست که یکی از دیگری گرفته شده‌است ؟ تردیدی‌نیست که تنها همانند بودن کافی برای اثبات قضیه نیست وتفسیر این‌امر نیازمند به‌تفصیل میان قواعد کلی واحکام جزئی است .

قواعد کلی ازقبیل‌حرمت قتل‌ناروا و دزدی و زنا وغیره برمبادی اولیهٔعدالت استوارند واز اینرو این قواعد همیشه یکسان‌است وجای تعجب نیست که دراینگونه موارد قوانین تازه و کهنه دراحوال و امکنهٔ مختلف ومیان جامعه‌های گوناگون چه باهم ارتباط داشته باشند یا نه ، مانند هم باشند . اما احکام جزئی همیشه مانند هم نیستند ودر غالب موارد برحسب‌اقتضای‌زمان ومکان واوضاع اجتماعی‌تغییرمیپذیرند، با این همه محال نیست که شباهتی میان آنها دیده شود .

شباهت مزبور ممکن است از راه تقلید و اقتباس نیز باشد . چه قوانین‌مبتنی برعلل و اسبابی است واگر علل و اسباب در دوکشور مانند هم باشند تشابه قوانین نیز درآن دوکشور معقول بنظر میرسد زیرا از اسباب و عللی همانند نتایجی شبیه حاصل میشود . این قاعده مخصوص به احکام شرع نیست ، بلکه در تمام پدیده‌های اجتماعی نمایان است وهمین شباهت است که در تمدن‌های مختلف دیده میشود.

واضح‌ترین مثال، فرزند خواندگی است که بموجب‌آن فرزندبیگانه‌ای‌وارد خانوادهٔ کسی میگردد و در احراز حقوق و ایفای واجبات جای فرزند حقیقی او را میگیرد . این عمل در هند باستان و روم معمول بود . علت این‌کار ترس از این بود که رئیس خانواده بی‌جانشین بمیرد و پس از او خانواده بی‌سرپرست بماند و کسی

نباشد که مردگان را به‌نیکی (یاد) کند[1]. آیا مجرد این شباهت دلیل بر اینست که یکی از این‌دو کشور فرزند خواندگی‌را از دیگری اقتباس کرده است؟ واگرچنین ادعائی کنند آیا دلیل اثبات آن چیست؟

بیشك مثالهائی بیشمار از این قبیل وجود دارد. شباهتی که در مسألهٔ حکم فضولی یعنی تصرف در مال غیر بدون اذن او ونیز در مورد سوءاستفاده از حقوق‌از برخی جهات در دو قانون اسلام و انگلستان وجود دارد، آیا دلیل بر اقتباس‌یکی از دیگری است؟

این سخنی نامعقول است، زیرا نه شریعت اسلام از قانون انگلیسی چیزی اقتباس کرده و نه حقوق انگلستان از اسلام در این مورد بهره‌مند شده است، چه قانون اسلام قدیمتراز قانون انگلستان است و تصور اقتباس‌آن از این‌عاقلانه‌نیست. وقانون انگلستان هم بحکم تاریخ وقتی از قوانین نزدیك اروپائی چیزی نگیرداز قوانین دور اسلام چگونه میتواند اقتباس کند؟

حاصل اینکه درمدنیت‌های گوناگون هماره درقواعد کلی و احیاناً دربرخی از قوانین جزئی بهنگامیکه برعلل یکسان استوارباشند مشابهت‌هائی یافت میشود و این امر کافی بر اثبات اقتباس یکی از دیگری یا نقل قانونی از مکانی به مکان دیگر نیست.

پس‌شباهت بین‌قانونهای مختلف وجود دارد ومانیزمعترفیم که میان دوشریعت اسلام و روم در قواعد کلی وجزئی بعلتی که یاد شد، مشابهت‌هائی یافت میشود.

بهرحال برخی از تئوریهای قانونی لاتین در حقوق روم سابقه نداشت وآنها را پس از دورهٔ نهضت علمی اروپا شارحان و مفسران تحصیلکردهٔمدرسهٔ بولونیای

---

۱ـ نگاه‌کنید به کتاب ماین بنام «قانون قدیم» (ص ۱۱۴)، و کتاب دوکولانژ (ص ۵۵-۵۶).

ایتالیا ومدارس اروپائی دیگر پدید آوردند. گمان قوی میرود که آنان ازتعلیمات حقوقی عرب از طریق اندلس وغیره استفاده کرده باشند، همچنانکه از بازرگانی وصنایع عرب از راه شهرهای‌مجاور دریای مدیترانه نیز متأثر شدند وازآن روزگار تاکنون کتابخانه‌های اروپاسرشار از کتابها و دستنویس‌های عربی است وحتی کلمات فراوانی از زبان عرب وارد زبانهای اروپائی شده است.

تنها ذکر یك نمونه میتواند گفتار ما را کاملا تأیید کند. در تاریخ قانون بازرگانی ثابت است، که مسلماً پیش ازقرن دوازدهم، اروپا وقانون بازرگانی‌آن، باسفته و برات آشنائی نداشت در صورتیکه این دو نوع سند در کلیهٔ کتابهای فقه اسلامی خصوصاً کتب حنفی از قرن هشتم میلادی ببعد شناخته شده بشمار میرفت. و این دو نوع سند بقول *Grasshoff* پس از چهار قرن بهنگام‌جنگهای صلیبی ازطریق اندلس که درآن روزگار شهری عربی‌بود وهمچنین‌از راه ایتالیا به‌اروپا راه یافت. از اینرو گفته‌اند که کلمهٔ «اوال»[1] فرانسه که بمعنی ظهر نویسی سفته بوسیلهٔ پشت نویسی وامضا برسبیل ضمانت بکار میرود از کلمهٔ «حواله» عرب مشتق است ونیز کلمهٔ «اواری»[2] که در قانون بازرگانی دریائی فرانسه بمعنی خسارتهای دریائی بکارمیرود از کلمهٔ«عوار» عربی مأخوذ است[3].

ما در این مقام نبودیم که به‌شاهدهاونمونه‌هائی از این قبیل استشهاد کنیم، امـا گروهی از مورخین حقایق مسلم تـاریخی را نادیده گرفته و ادعـا کرده‌اند

---

۱ـ *Aval*.

۲ـ *Avaries*.

۳ـ مراجعه شود بآنچه *Grasshoff* از *Paul Huvelin* نقل‌کرده ودرمقالهٔ منتشره در مجلهٔ *Annales de droit commercial*، سال۱۹۰۱، پاریس، ص ۱ ـ ۳۰، و خصوصـاً در ص ۲۲ـ۲۶ آمده است.

ازدواج و چه در اموریکه به تعاون وتشارك نیازمند است، یعنی در مورد معاملات؛ و برای ثبات امر تمدن به‌قوانین کیفری که همان بخش عقوبات دانش فقه است‌محتاج میباشد . »

هر گاه کسی کتب ومجموعه‌های فقهی اسلامی را ورق بزند، همهٔ آنها را در روش نگارش وتبویب مشابه می‌یابد که از عبادات شروع میشود و به‌قسمتهای دیگر از قبیل جزائیات ومناکحات ومعاملات می‌پردازد واگر در تبویب ابواب گاهی در میان مؤلفان اختلافی دیده شود بهرحال در اساس نگارش و اسلوب فرقی آشکار با یکدیگر ندارند .

علاوه برهمهٔ اینها مسائل دیگری در کتب فقه یافت میشود که مهمترین آنها، مسائل مربوط به‌مرافعات وسیر وامور کشور داری است که بخش مرافعات آن شامل دادرسی ودعاوی وادله و وسائل اثبات دعوی وبخش دوم یعنی سیر شامل احکام جهاد و غنائم و امان و پیمان بستن با ذمیان و اختلافات مذهبی و احکام جنگ و آشتی و اختلافات جنسی که امروز جزء قوانین بین‌المللی است . ودر بخش سوم از خلافت و حکومت و وزراء و استانداران و تشکیلات کشوری و امور ارتشی واقتصادی و جزیه ومالیات که امروز داخل در قوانین اداری و مالیاتی میباشد بحث میکنند.

**تقسیمات قوانین جدید**

حقوق موضوعهٔ جدید بدوبخش بزرگ منقسم میگردد : حقوق خارجی و حقوق داخلی . حقوق خارجی نیز به حقوق بین المللی عمومی و حقوق بین‌المللی خصوصی تقسیم میگردد که قسم اول در ارتباطات بین دولتها در حال سازش وجنگ وغیره بحث میکند وقسم دوم از جنسیت و تابعیت و تعارض قوانین مختلف بهنگام تطبیق روابط اتباع و افرادیکه در تابعیت و وضعیتهای سیاسی نسبت بهم بیگانه اند

که هرچه در شرایع و حقوق عرب و اسلام وجود دارد، همه از قانون روم اقتباس شده است. اگر رومیان بهسفته و حواله آشنائی میداشتند. بیشك اینان باز ادعا میکردند که اسلام در اینمورد نیز از حقوق روم متأثر شده است.

وچنانچه بنظریهٔ بینات که علمای قرون وسطی بتدوین آن خصوصاً در اسپانیا پرداختند نگاه کنیم خواهیم دید که اغلب آنها با نظریات موجود در حقوق اسلام همانند است وبطوریکه در چندین مثال متذکر شدیم پارهای از آنها منقول از فقه اسلامی است[1].

**فقیهان اسلام وقانون روم**

بدون تردید مسلمانان از کتابهای حقوق روم اطلاعی نداشتند وبترجمهٔهیچ يك از آنها اقدام نکرده ومطلبی را متعرض نشدهاند. چه، اگر چنین میبود حتماً بدان اعتراف میکردند وآثاری از آن درکتابهای اسلامی دیدهمیشد. همانطوریکه بترجمهٔ کتابهـای یونانی وایرانی در دانشهای گوناگون و فلسفه و ادبیات اعتراف کردهاند و تأثر آن درکتابهای اسلامی وکتابهای ترجمه شده ونیز درکلماتدخیل در لغت عرب هویدا است.

علت خودداری فقیهان اسلام از مطالعهٔ حقوق روم همانا اعتقاد استوار آنان بر الهی وکامل بودن شریعت اسلام ومبتنی بودن آن بر قرآن کریم بود، از اینرو هر قانونی که از منبعی جز قرآن الهام گرفته باشد در نظر فقهای اسلامی مطرود و

---

۱ـ بنگرید بفصل چهارم از باب پنجم همین کتـاب، و آنرا بـا مقالهٔ و. اولمان *W. ullmann* تحت عنوان «مبادی البینات فیالقرون الوسطی» منتشره درمجلهٔ سهماههٔحقوقی *Law Quarterly Review*، سال ۱۹۴۶، ص ۷۷ـ۷۸، بسنجید.

عمل بآن‌حرام‌است. وفون کریمر[۱] علی‌رغم ادعای‌خود دربارهٔ تأثیرحقوق روم دراسلام باین نکته معترف است .

علاوه بر این ، اگر فقهای اسلام از فقه‌روم مطلع میشدند ، نظریهٔ مربوط بالزامات‌وعقود عمومی را که‌از بهترین میراث‌های حقوقی روم‌است از فقه‌مزبورنقل میکردند و کتب فقهی اسلام ازچنین نظریات عمومی خالی نمی‌ماند .

ارتباط با قانون یهود

شریعت اسلامی چگونه از قانون‌روم متأثر شد و راه نفوذآن قانون از کجا بود ؟ فون کریمر با شك وتردید[۲] در پاسخ این‌پرسش ، میگوید که این نفوذ بوسیلهٔ یهود وعادات کشورهای مفتوحه اتفاق افتاد .

پاسخ بقسمت نخست ، آسان است چه بطوریکه گذشت رأی مختار اصولیان بر اینست که قاعدهٔ «شرع پیش از ما، شریعت ما نیز هست »، قاعده‌ای بی‌ارزش و دلیلی موهوم است ، از اینرو قوانین یهود در نظر مسلمانان مردود شناخته شده است مگر اینکه در مسأله‌ای ، دلیلی شرعی ، نص یا اجماع ، موافق‌آن باشد .

آری برخی از پژوهندگان ، از جمله آبراهام گایگر در کتاب «محمد از یهودچه گرفته‌است»[۳] ازمشابهت‌هائی میان قانون یهود و اسلام در پاره‌ای ازمسائل ، مانند عده و مدت رضاع یاد کرده است ولی این همانندیها جزئی است و در برابر اختلافاتیکه هم‌اکنون به‌آنها اشاره میشود قابل توجه بشمار نمیرود[۴] .

۱ــ درکتاب خود ، ص۵۳۳–۵۳٤ .

۲ــ *Zweifelhaft* . در محل یاد شده ، ص۵۳۷ .

۳ــ *Was hat Mohammed aus den Judenthume aufgenommen* رجوع شود بــه ترجمهٔ آن از یونگ بعنوان *Judaism and Islam*، چاپ مدارس ، ۱۸۹۸ ، ص ۶۹–۷۰.

٤ــ درمورد جدائیهای دوشریعت بکتاب المقارنات و المقابلات یادشده مراجعه‌شود.

مثلا در قانون یهود ازدواج بـا نزدیکان درجه سوم از قبیل ازدواج دائی با دخترخواهر بلامانع[۱] است ولی دراسلام بحکم آیهٔ «حرمت‌علیکم‌امهاتکم وبناتکم و اخواتکم وعماتکم وخالاتکم ونبات الاخ وبنات الاخت...»[۲] این امر حرام است.

رضاع‌وشیرخوارگی‌درقانون‌اسلام، بعکس‌قانون‌یهود، ازموانع‌ازدواج‌است[۳،٤].

مثال دیگر : در شریعت روم و عبری وبرخی از شرایع لاتینی مانند قانون مدنی فرانسه، وارث باید کلیه بدهی‌های مرده را بپردازد اگرچه بیش از میزان ترکهٔ او باشد ولی در قانون اسلام وبرخی از قوانین تازه مانند قانون انگلستان و آلمان چنین اجبار والزامی در میان نیست[۵].

---

۱ـ به‌آنچه در فرهنگستان یهودی، *The Jewish Encyclopedia*، زیر کلمهٔ زواج نوشته شده وبه‌فرهنگ تورات از هیستینگ ( *Hasting's Dictionary of the Bible* )، رجوع شود ونیز بمادهٔ ۲۲ از قانون خانوادهٔ عثمانی صادرهٔ ۲۵ تشرین اول سال ۱۳۳۳، وکتاب احکام اجتماعی قرآن از روبرتس(لندن،۱۹۲۵، ص۱۴ *Robert's Social laws of the Qoran*) وعهد قدیم درکتاب مقدس در سفر لادیان ۸ (۷ـ۱۷) و ۲۰ (۱۱ـ۲۱ )، ودر سفرتثنیه ۲۲ (۳۰) و ۲۷ (۲۰ و۲۲ـ۲۳ )، مراجعه شود. آنجاکه ازدواجهای ممنوع را نقل میکند و متعرض حرمت ازدواج با دختر خواهر ودختر برادر نمیشود.

۲ـ سورهٔ نساء (۴) ۲۳.

۳ـ بقانون خانوادهٔ عثمانی مادهٔ ۱۸ و ۲۶ نگاه‌کنید.

۴ـ دنبالهٔ همان آیه از سورهٔ نساء که میگوید « و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعة» وحدیث‌های نبوی «یحرم من‌الرضاع مایحرم من‌النسب» و «الرضاع‌لحمةکالحمة النسب» حاکی ازتحریم ازدواج باخویشان رضاعی‌بوده وقانون مدنی ایران هم براین منوال است. برای دانستن‌کیفیت‌آن بکتب فقه شیعه رجوع شود. مترجم

۵ـ کتاب شهر قدیم دوکولانژ (ص۷۷)، وکتاب المقابلات والمقارنات (مادهٔ۳۳۱) والفتاوی الخیریه (ج ۲، ص ۶۴ و ۷۳).

**عادات رومی درکشورهای مفتوحه**

اصولا تأثیر این عادات در شرع اسلامی جای نظر وتحقیق است . چه‌ثابت است که منبع اساسی شریعت اسلام نص‌های کتاب و سنت است که بوسیلهٔ پیامبر از راه وحی در دوران نخستین قانونگذاری به مسلمانان رسیده است . در آن هنگام هنوز اسلام‌ازشبه جزیرهٔ عربستان پافراتر ننهاده و با فرهنگ روم تماس نیافته بود و رومیان نیز از قدیم در کوششهای خود برای دست یافتن بر شبه جزیرهٔ مزبور همیشه باشکست روبرو بودند .

ولی چون فتوحات اسلامی گسترش یافت ومسلمانان بکشورهائی مانند مصر و شام که فرمانبردار روم بودند دست یافتند ، حقوقدانان و دادرسان اسلامی عادات جاری این کشورها را بر اصول شرع عرضه کردند وآنچه را که با نصوص ومقاصد ومصالح شرع سازگار بود از طریق اجماع و استحسان ومصلحت وسایر ادلهٔ‌تفصیلی شرعی پذیرفتند وهرآنچه مخالف باشرع بود بدور افکندند .

البته بدین‌نکته نیز باید توجه کرد که‌عادات این سرزمینها هم ویژه رومنبود بلکه شامل عادات بازرگانی همهٔ‌ملل‌قدیم‌خصوصاً مردم دریای مدیترانه بود وررومیان خود نیز از این عادات متأثر شده و آنها را بنام « قانون قبیله‌ها »[1]، بمنظور جدا ساختن این قبیل قوانین از قانون اصلی روم که بنام «قانون اهلی یا مدنی»[2] نامیده میشد ، در قوانین خود وارد کردند .

بهرحال فقه اسلامی کلیهٔ عادتهای بازرگانی‌آن زمان را تصویب نکرد بلکه تنها به‌برخی از عادات کشورهائی که زیر پرچم اسلام در آمده بودند توجه نمود . وهمچنین میدانیم که برخی از این کشورها مانند عراق و فارس وترکستان و غیره

۱ـ *Jus gentium* . بمقدمهٔ بلوك بركتاب ماین ، ص ۱۲ رجوع شود.

۲ـ *Jus civile*.

پیرو دولت روم نبودند . مثلا خواهیم دید که چگونه عرف اهل بلخ و بخارا سبب جواز بیع وفا در مذهب حنفی شد .

ونیز باید بدین نکته‌توجه کرد که ملتها نیز مانندافراد نمی‌توانند تنهازندگی کنند وناگزیرند باهم در بازرگانی واقتصاد تشریك مساعی نمایند ودر فرهنگ و تعلیم وتربیت وعادات بایکدیگرارتباط پیدا کنند وتقلید بین ملتها مانند تقلیدمیان افراد ، عامل اساسی زندگی اقتصادی و اجتماعی شمرده میشود و حوادث تاریخی در تطور مدنیت وپیشرفت آنهاتأثیر بسزائی دارد وپیشرفتهای تاریخی‌اسلامی از این‌نظام بیرون نبود، زیرا همین پیشرفتها علت‌برخورد وآمیزش‌فرهنگ اسلامی بافرهنگ‌های کشورهای مفتوحه شد و این جریان بدون تردید تأثیر وتأثر متقابل داشت.

خلاصه

همانندی میان دو قانون اسلام و روم در برابر موارد افتراق آنها ، بسیار اندك وناچیز مینماید ویك چنین همانندی براین دلالت نمی‌کند که اسلام‌از قانون روم متأثر شده است .

واز طرفی برخورد فقیهان اسلام با قانون روم برخوردی منفی بود ، وروح قانون الهی اسلام باعث‌آن بشمار میرفت . عادات و عرفهائی را هم که فقهای اسلام از کشورهای پیرو روم پذیرفتند در صورتی بود که تناقضی بانصوص ومبادی اصولی اسلام نداشت واز اینرو به‌قانونگذاری اسلام راه یافت .

بهرحال‌آن عرفها هم ویژهٔ مردم روم نبود . بلکه عادات بازرگانی متداول‌و شناخته شده نزد اعراب ودیگر مردمان دریای متوسط بود و رومیان‌خود از آن‌عادت متأثر شده بودند و پیش از مسلمانان آنها را در قانون‌خود وارد کرده و جای داده بودند . همانطوریکه اسلام مقداری از عادات بیگانگان را پذیرفت ، آثاری هم از

خود بمدنیت‌های تازه ارزانی داشت.

براستی که قطع نظر از این تأثر اندك ، اسلام شریعتی‌است مستقل وقائم‌بذات ودر اصول و تاریخ تمدن ارزندهٔ خود دارای موجودیت مستقلی است . نمایندگان ازهر در کنفرانس بین‌المللی‌قانون منعقد درلاهه بسال ۱۹۳۷ موفق شدند کنفرانس مزبور را بقبول این حقیقت وادارند .[۱]

۱ـ رجوع شود به نشریهٔ سه ماههٔ جمعیت قانونگذاری تطبیقی سال ۱۹۳۷ ، صفحهٔ ۳۵۶-۳۵۷ .

باب پنجم

# پاره‌ای از قاعده‌های کلی

# فصل اول

## معلومات عمومی

### قاعدهٔ کلی

در باب گذشته مبتنی بودن قوانین برمقاصد ومصالح مورد بررسی قرار گرفت و نیز از دگرگون شدن قانون با دگرگون شدن زمان ومکان واز تأثیر این تغییرات در نصوص شرعی مطلع شدیم . و همچنین دانستیم کـه غالباً احکامی در معرض تغییر و تعدیل قرار میگیرند که مربوط به جزئیات باشند . ولی دستهٔ دیگری از احکام بنام قواعد کلی وعمومی از تغییرات ناشی از اختلاف زمان ومکان واوضاع متأثر نمیشوند.

بعنوان مثال میتوان حرمت قتل ناحق وحرمت اکل مال مردم بباطل وتحریم زنا و غیره را یادآور شد و بقول شاطبی « این قواعد جاودانی هستند و اجتماع و مصالح مردم براینها پایه گذاری شده است وشرایع نیز برای تأیید این قواعد پدید آمدند واین احکام کلی تا زمین وهر که بر آنست باقی وپایدارهستند، همچنان باقی خواهند ماند»[1] .

---

۱ـ الموافقات ، ج ۲ ، ص ۲۹۸ .

سخن میگوید .

واما حقوق داخلی نیز به عمومی و خصوصی تقسیم میگردد . حقوق داخلی عمومی در علائق و بستگی‌های دولت و فرد بحث میکند که شامل حقوق اساسی و اداری وقانون کیفر همگانی است که اولی در اساس تشکیل دولت ودومی در تکالیف تفصیلی دولت و بستگی‌های آن با افراد ملت و سومی در تعیین مجازات کسانیکه آسایش وامنیت عمومی‌را برهم‌میزنند سخن میگوید وقسم‌اخیر بنا باجماع‌دانشمندان فرانسه و رأی حقوقدانان بزرگ انگلیسی بلحاظ علاقهٔ دولت و حق عموم از دستهٔ حقوق عمومی شمرده شده است[۱].

حقوق داخلی خصوصی در روابط افراد یك ملت بحث میکند که اهم‌اقسام‌آن قانون مدنی وقانون تجارت وآئین دادرسی مدنی است که اولی بر حقوق ماهوی و احکام احوال شخص و اموال و حقوق عینی و دینی و دومی بر امور و معاملات بازرگانی و سومی برطرق تقدیم دادخواست وطرح دعوی و ترافع و دادرسی ورأی دادگاههامشتمل‌است وقوانین دیگری مانند قانون‌کارو کشاورزی وغیره نیز درزمرهٔ این نوع از حقوق بشمار میروند.

تقریباً تقسیمات قوانین جدید بدین ترتیب است ورویهمرفته تقسیمی عملی و مفید است . واز برخی جهات مانند بخشهای فقه اسلامی است.

---

۱ــ برخی از علماء انگلیسی با این رأی‌مخالفند وقانون‌جزاء را جزء حقوق‌خصوصی شمرده‌اند مانند اوستن (در ... *Jurisprudence, student's* ص ۳٦۷) وسالموند (درکتاب علم حقوق *Iurisprudence* چاپ لندن ، ۱۹۲۴ ، ص۵۴۴) .

این قواعد عمومی برمبادی نخستین وجاودانی مانند عدل مطلق وخیرحقیقی پایه گذاری شده است و پیشینیان آنها را قوانین آسمانی یـا طبیعی یـا همیشگی[۱] می‌نامیدند . و پیش از مسلمانان ارسطو و دیگر فلاسفهٔ یونان و سیسرون و گایوس و ژوستینین[۲] همچنین پس از آنـان دانشمندان فرانسه و انگلستان و آلمان در این خصوص‌داد سخن‌داده وجملگی بر آنند که این‌قوانین کلی وابدی «قانون قانونها»[۳]، و «نافذ در تمام کشورها ومیان همهٔ مردمان در همهٔ زمانهاست»[۴].

لازمهٔ عمومی بودن این قواعد این است که در جمیع شرایع یکسان وهمانند باشند واین قواعد چه در قوانین قدیم وقانون روم و شریعت اسلام وچه در قوانین تازهٔ اروپا یکسان وهمانندجلوه گری کنند .

البته این جلوه گری یکسان و یگانه درقوانین، مربوط بجوامعی است که بپایه‌ای بلند از مدنیت رسیده و از وضع ابتدائی و مراحل نخستین تمدن ، پافراتر نهاده‌اند .

و نیز همانندی در قواعد کلی میان کشورها و ملتهای گوناگون به بود و نبود مبادلات و روابط آن کشورها ومردمان بستگی ندارد ، چه مبدأ عدالت‌حقیقتی یگانه و خردمند است و بهمین جهت است که مشابهت بین قوانین دو کشور حاکی

---

۱ـ *Lex aeterna, Jus naturale, Jus divinum.*

۲ـ درکتاب احکام ،کتاب اول ، ۲ (۱۱) : *Sed naturalia quidem Jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentia constituta semper firma atque immutabilia Permanent . (Institutes, 1,2,11).*

۳ـ *Ieges legum.*

۴ـ *it is binding over all the globe, in all countries and at all times* این گفتار بلاکستون انگلیسی در شرحهای اوست (*Commentaries, 1,40*).

از اقتباس یکی از دیگری نیست. این نکته را در فصل گذشته بطور روشن بیان کردیم.

### اشباه و نظائر

چون احکام جزئی دارای علل واسبابی متشابه هستند، پس باید آنها را تحت قاعده‌ای کلی درآورد. برخی‌از فقهای اسلام این نکته‌را دریافته و زیرعنوان«اشباه ونظائر» آنرا مورد بحث قرار داده‌اند.

عبارت «اشباه ونظائر» از نوشتهٔ عمر بن خطاب به‌ابو موسی اشعری گرفته شده است. آنجاکه مینویسد: «اعرف الامثال‌والاشباه، وقس الامور بنظائرها» (همانندها را بازشناس وکارها را با همانندهایشان قیاس کن)[1]. عبدالله‌بن قیس معروف به‌ابو موسی اشعری متوفی بسال ۵۲ یا ۴۲ه کسی است که پیامبر اسلام او را برای‌تعلیم قرآن به‌یمن فرستاد و در زمان عمر بن خطاب بدادرسی بصره و در زمان عثمان بن عفان بدادرسی کوفه منصوب شد[2].

ازمعروفترین کسانیکه دربارهٔقواعد کلی یااشباه ونظائر قلم‌فرسائی نموده‌اند نخست از تاج الدین سبکی شافعی وسپس از سیوطی وابن نجیم که مطالبی از او نقل کرده‌اند میتوان نام برد. به‌شرح‌حال تاج‌الدین‌سبکی وتصنیفات مهم اوقبلا اشارتی

---

۱ـ در مقدمهٔ ابن‌خلدون، ص۱۹۲ بهمین عبارت نقل شده است. وبه‌عبارات‌مختلف دیگر نیز آمده است‌که مشهورترین آنها: «اعرف الامثال و الاشباه، ثم قس الامور عندك، فاعمد الی‌احبها الی الله و اشبهها بالحق فیماتری» میباشد. برای اطلاع از منابع این نامه با عبارات‌گوناگون به‌منابع فصل اجتهاد، (فصل هفتم ازباب سوم همین‌کتاب) مراجعه شود.

۲ـ ابن‌خلکان (ج ۱، ص ۲۴۳)، و طبقات الفقهاء شیرازی (بغداد، ۱۳۵۵ ه، ص ۱۲).

رفت واینك بطور خلاصه به‌ترجمه وشرح‌حال این دو نفر اخیرالذکر میپردازیم .

جلال‌الدین سیوطی یا اسیوطی ، عبدالرحمن بن کمال بن‌محمد از شهرستان اسیوط بود که در سال ۸٤۹ ه دیده بجهان گشود و در سال ۹۱۱ ه چشم از جهان ببست . سیوطی شافعی مذهب بود واز علم ودانش بهرهٔ فراوانی داشت و در تفسیر و قرائت قرآن وحدیث وعلوم وابسته بدان ونیز در علوم فقه واصول ولغت وتاریخ و ادب وتصوف آثار وتألیفات فراوانی از خود بیادگار گذاشت .

مشهورترین آنها عبارتند از : الاتقان فی علوم القرآن ، و لباب النقول فی اسباب النزول ، وتکملهٔ تفسیرالجلالین که توسط جلال‌الدین محلی آغاز شده بوده و تنویرالحوالك در شرح موطأ مالك ، و اسعاف المبطأ برجال الموطأ ، و الحاشیة علی تفسیر البیضاوی ، والتوشیح علی الجامع الصحیح ، والدیباج علی صحیح مسلم ابن‌الحجاج ، و مرقاة الصعود الی سنن ابی داود ، واللآلیٔ المصنوعة فی‌الاحادیث الموضوعة ، وشرح نسائی و سنن ابن ماجه ، و مختصر التنبیه ، و مختصر الروضة ، والجامع فی‌الفرائض ، و مختصر احیاء علوم‌الدین ، وحسن‌المحاضرة فی اخبارمصر و القاهرة ، و جمع الجوامع یا الجامع الکبیر ، والجامع الصغیر ، وغیره [1] .

کتاب‌سیوطی درباب قواعد کلی ، الاشباه والنظائر نام‌دارد که معظم‌قاعده‌های عمومی درآن جمع‌آوری شده است .

پس از سیوطی ، زین‌العابدین بن ابراهیم بن نجیم حنفی‌معروف به ابن‌نجیم که بسال ۹۷۰ ه فوت کرده و در فقه حنفی دارای تألیفات معتبری از قبیل کتاب البحرالرائق در شرح کنزالدقائق است . کتاب دیگری در الاشباه و النظائر تألیف کرد. کتاب اخیر در ترتیب وتبویب و قسمت زیادی از محتویاتش از کتاب سیوطی

۱ـ شرح‌حال سیوطی و فهرست مصنفات او درکتابی از سیوطی بنام حسن‌المحاضره، ج ۱ ، ص ۱٤۰ ببعدآمده است.

گرفته شده است ، ولی‌چون نویسنده‌حنفی مذهب‌است مطالب کتاب فوق را برحسب مذهب حنفی تنقیح کرده است . و احمد بن محمد حموی فقیه قرن یازدهم هجری شرحی براین کتاب بنام «غمزعیون‌البصائر»[1] تألیف کرده است.

سپس ابوسعید خادمی بسیاری از قواعد کلی را درآخر کتاب خود « مجامع الحقائق» که بطور ایجاز درعلم اصول نوشته‌است، گردآوری کرد . ومصطفی محمد الکوزالحصاری شرحی برآن کتاب بنام «منافع‌الدقائق» برشتهٔ تحریر درآورد.

**تعریف قواعدکلی وفائدهٔ آن**

فقها قاعدهٔ کلی را چنین تعریف کرده‌اند که « حکمی است کلی که بر تمام جزئیاتش منطبق باشد»[2]. بنابراین اصطلاح «قاعده» با اصطلاح «ضابط» یکی‌نیست. چه قاعده جامع فروعیست از باب‌های پراکنده ولی ضابط شامل فروعیست در یک باب .

از مادهٔ دوم تا صدم مجلهٔ احکام عدلیه نود و نه قاعدهٔ کلی مندرج است که معظم آنها از کتاب الاشباه و النظائر ابن نجیم و برخی از کتاب المجامع ودیگر کتب حنفی گرفته شده است .

مادهٔ اول مجلهٔ احکام عدلیه سبب جمع آوری‌قواعد کلی و فائدهٔ آنها را بدین شرح بیان میدارد : « محققین از فقها مسأله‌ای فقهی‌را برقواعدی کلی ارجاع‌میکنند که هر قاعده ضابط و جامع مسائل فراوانی است. این قواعد که در کتب فقه معتبر ومسلم شمرده شده است در حقیقت ادلهٔ اثبات‌مسائل میباشد و آشنائی بدانها درآغاز

---

۱ـ در دو جلد ، بسال ۱۲۹۰ ﻫ ، در دارالطباعة العامرة بچاپ رسیده است.
۲ـ الاشباه از سیوطی (ص۵) ، والمنافغ شرح‌المجامع (ص ۳۰۵).

کار موجب آشنائی به‌مسائل و جایگزین شدن آنها در ذهن میگردد . بنابراین نود و نه قاعدهٔ فقهی[1] گردآوری شد ... هرچند برخی از این قواعد ممکن است استثناء پذیر باشند ولی آنچنان نیست که کلیت و عمومیت این قواعد را ، بطور کلی و رویهمرفته ، مختل سازند زیرا برخی‌از این قواعد دیگری‌را تخصیص میدهد یاتقیید میکند . ».

بعبارت دیگر قواعد کلی همان اصول عمومی است که بیشتر جزئیات را در برمیگیرد وبنای آن بر اغلبیت نهاده شده است. گرچه ممکن‌است- چنانکه‌خواهیم دید - برخی ازقواعددارای مستثنیات و تقییداتی نیز باشند ولی این استثناء و تقیید صفت عمومیت را از قاعدهٔ کلی سلب نمی کند .

علاوه بر اینها ، برخی‌از قاعده‌های کلی ناقص و یابصورت مطلق بیان شده است وبتکمیل یا تقیید نیازمنداست . چند نمونه از این قواعد ذیلا آورده‌میشود :

۱- قاعدهٔ « الجواز الشرعی ینافـی الضمان » ، ( جواز شرعی ایجاد ضمان نمیکند) . بنا باستحسانی که در مذهب‌حنفی شده این قاعده با افزودن عبارت «جز در مورد ایجاد ضرر فاحش»[2] تکمیل میگردد .

۲- قاعدهٔ «لایجوز لاحد ان یتصرف فی‌ملك الغیر بلا اذنه». (تصرف در مال

---

۱- استاد محترم آقای محمود شهابی نیز با تأسی از دانشمندان شیعه قاعدهٔ کلی را بعنوان قاعدهٔ فقهی اصطلاح نموده وفرق آنرا با مسألهٔ فقهی چنین بیان داشته انـد : مسألهٔ فقهی قضیه‌ایست که موضوع آن فعل خاص یا ذات خاص ومحمول‌آن حکم واقعی اولی میباشد. وقاعدهٔ فقهی قضیه‌ایست که موضوع آن افعال یا ذوات متعدد است و محمولش ممکن است حکم واقعی اولی یا حکم واقعی ثانوی و یا حکم ظاهری باشد . رجوع شود به‌کتاب قواعد فقه از محمود شهابی ، چاپ دانشگاه تهران . مترجم

۲- النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة ، ج ۱ ، ص ۴۸.

دیگری بدون اجازهٔ او جائز نیست ) که عبارت « یا بدون ولایت »[۱] را باید بر آن افزود .

۳ـ قاعدهٔ «لاینکر تغیر الاحکام بتغیر الازمان» ، (تغییرقانون با تغییرزمان انکار پذیر نیست ) که ناقص بوده وباید عبارت « ومکان و اوضاع»[۲] را نیز برآن اضافه کرد .

اما فوائد این قواعد کلی ، بنظر مجلهٔ مزبور ، تسهیل و آسان کردن فهم مسائل ومبادیست ، بنا براین دادرس نمیتواند در رأی خود بدانها استناد کند مگر اینکه نصی صریح از احادیث نبوی مؤید آن باشد مثل «البینة علی المدعی والیمین علی من‌انکر» ، ویا منقول از کتابهای معتبر فقهی حنفی باشد و در گزارش جمعیت نویسندگان مجله به‌صدر اعظم چنین‌آمده است : «حاکمان شرع باستناد هیچیك‌از این قواعد حکم نمیکنند مگر اینکه برنصی صریح واقف گردند.»

باید گفت ، که این قواعد عمومی دارای عباراتی‌رسا وترکیباتی محکم‌بوده ودرمعنی وصراحت‌بقواعد کلی وامثال قانونی معروف غربی مینمایند وما درباب‌خود معادل هر یك از این امثال قانونی را برای اتمام فائده نقل خواهیم کرد . وجود این نوع از شباهت را در غالب قواعد کلی میتوان فرض کرد و علت آن قبلا بیان شده است .

پاره‌ای ازاین قواعد را در باب‌قیاس واجتهاد و تحول قوانین بیان کردیم و در این باب برخی دیگر از این قواعد را نقل میکنیم چون بنای ما بر این است که اگر در فصلی از این کتاب اشاره به مطلبی دیگر لازم باشد و یا مطلبی عللی

---

۱ـ کتاب النظریة العامة ، ص۵۶-۵۷.

۲ـ مراجعه شود به‌فصل تغییر قوانین از این‌کتاب ( فصل اول از باب چهارم) .

یکسان ویـا همانند داشته باشد ، همه را در یکجا نقل کرده و بقیهٔ مطالب را در بخشهای مناسب بیان کنیم .

بدین ترتیب ، فهم قواعد عمومی و نیز فهم شرائط و مستثنیات و آنچه مایهٔ تقییدقواعد عمومی میگردد ، آسان میشود . زیرا اگر هر مادهای‌را به‌تنهائی مورد بررسی قرار دهیم ناچار خواهیم شد که بسیاری از مطالب را تکرار کنیم .

# فصل دوم

## ضرورت و نیازمندی

**هرسختی آسانی میآورد**[1]

احکام شرعی عمومیت دارد وبحالتی ازحالات یافردی مخصوص از افرادتوجه ندارد بلکه به کلیهٔ افراد وحالات ناظر است .

ولی همین صفت عمومیت بهنگام تطبیق‌حکم بامصادیق خود گاهی مایهٔحرج میگردد و از افراط درتمسك بقانون موجبات زیان وستم‌را فراهم میسازد ویا بگفتار غزالی «هرآنچه از اندازه‌اش بیرون رود به‌ضد خود برمیگردد»[2] بنابراین باید راه حلی جستجو کرد . از اینرو مراعات نکردن قوانین کلی در موارد استثنائی برای رفع زیان و دفع مشقت است .

فقهاء حنفی در این موارد به استحسان و مـالکی‌ها به مصالح مرسله متوسل شده‌اند . و عده‌ای از دانشمندان اصول در مقام معارضه برآمده و اینگونه مصلحت

---

۱ــ المشقة تجلب التیسیر.

۲ــ بنقل سیوطی در اشباه (ص ۵۹) . و بهمین مضمون در امثال لاتینی چنین آمده است «انتهای عدالت انتهای ظلم است» ، *Summum Jus Summa injuria* .

جوئی‌ها را که به‌عبارت غزالی به استصلاح تعبیر شده است ، مردود شمرده‌اند ولی جمهور فقیهان آنرا پذیرفته و کتاب وسنت وپیشینه‌های عمربن خطاب‌را مستندقرار داده‌اند . چون در فصل‌های گذشته قسمت زیادی از این ادله‌را بیان کرده‌ایم[۱] نیازی بتکرار آن نیست بلکه علاوه بر آنچه که گذشت دلایل تازه‌ای از این قبیل اقامه می کنیم .

آیهٔ کریمهٔ : «و ما جعل علیکم فی‌الدین من‌حرج» و «فمن اضطر غیر باغٍ ولاعادٍ فان‌الله غفوررحیم»[۲] و حدیث شریف : «الدین‌یسر. احب‌الدین‌عندالله‌الحنیفیة السمحة» ، (دین آسانی و سهولت است . پسندیده‌ترین دین نزد خداوند دین حنیف سهل وآسان است)[۳]. گرچه در این احادیث به‌دین اشاره شده است ، با وجود این‌باز دلیلی فقهی بشمار میرود ، زیرا همانطوریکه دیدیم فقه‌اسلام مشتمل بر دین وحقوق است .

همچنین بنا بروایتی پیغمبر ﷺ بریدن دست دزدهارا درغزوه‌ها نهی‌فرمود وچنین گفت : «لاتقطع الایدی فی‌السفر»[۴] ، در سفر دست بریده نمیشود . با استناد به‌این حدیث وقیاس بر آن دانشمندان فتوی داده‌اند که در سرزمین دشمنان نبـاید اجرای حد کرد ویا کیفر داد ، مبادا بزه‌کاران به‌دشمنان بپیوندند .

بنابراین قاعدهٔ کلی «مشقت وسختی آسانی بدنبال دارد» را بنا نهادند . این قاعده یکی از چهار قاعده‌ایست که قاضی‌حسین پایه‌های فقه‌را بر آنها استوار دانسته

---

۱ــ در فصول مربوط به‌استحسان ومصالح مرسله وتحول قوانین .

۲ــ سورهٔ حج (۲۲) ۷۸ و نحل (۱۶) ۱۱۵.

۳ــ بخاری وشرح آن از عینی ، ج ۱ ، ص ۲۳۴ــ۲۳۵ .

۴ــ ابو داود در سنن خود ، درکتاب حدود ، ج ۴ ، ص ۱۴۲ این‌حدیث را روایت کرده است.

است[1]. و واژهٔ «تیسیر» دراین قاعده بمعنی رخصت، یاتخفیفی شرعی است، «بصورت استثناء بر قاعدهٔ کلی» ، بعلت مشقتی که در اجرای آن پدیـد می‌آید . ومشقت در صورت اضطرار و نیازمندی است نه احتیاج به‌امور کمالی .

حالت اضطرار یا ضرورت بنظر علمای اصول حالتی است کـه شخص برای صیانت دین یا جان یا مال یا عقل ویا اولاد خود بدان پناه برد ، و احتیاج آنست که برای روبراه شدن زندگی لازم باشد . ولی کمالیات در آراستن و زیبا کردن امور بکار میروند .

با در نظر گرفتن این قاعده مادهٔ ۱۷ مجله میگوید : «سختی آسانی بدنبال دارد . یعنی دشوار بودن مـایهٔ تسهیل میگردد ، و بهنگام تنگی ، توسع جـایز میگردد . بسیاری‌از احکام فقهی مانند قرض وحواله وحجروغیره از این‌اصل متنزع شده است. وآسانگیریهائی که فقها درشریعت قائل شده‌اند براین‌قاعده‌استوار است».

مادهٔ ۱۸ مجله همچنین میافزاید : «هر گاه کاری باسختی وتنگی روبروشود ومایهٔ مشقت گردد ، مجاز میشود» واین گفتار از شافعی است «اذا ضاق الامراتسع» و فقیهان عکس آنرا نیز تصور کرده و گفته‌اند : « هـر امر بفراخی منجر شود ، به‌تنگی وفشار برمیگردد .»[2]

### ضرورت‌ها موانع قانونی را از میان میبرند

غزالی میگوید « کلیه محرمات بهنگام ضرورت مباح میگردد »[3] ومـادهٔ ۲۱

---

۵ـ جمع‌الجوامع باشرح محلی وحاشیهٔ آن از بنانی ، ج ۲ ، ص ۳۷۳ .
۲ـ الاشباه ، از سیوطی ، ص ۵۹ .
۳ـ الوجیز ، ج ۲ ، ص ۲۱۶ .

باب دوم

# نظری بتاریخ

مجله این قاعدهٔ کلی را از الاشباه و النظائر چنین[1] نقل میکند کـه : « ضرورتها موانع قانونی را از میان میبرد »[2] و بهمین معنی قاعده‌ایست در حقوق لاتین کـه میگوید : «ضرورت را قانونی نیست»[3].

ازجملهٔ مصادیق این قاعده معاذیری است که‌تکالیف قانونی را ساقط میکند، مانند صغر سن وجنون[4] و مرض و اکراه و نسیان و جهل که فقها این عذرها را در کتابهای اصول فقه بصورت خاصی مورد بررسی قرار داده‌اند و مـا برخی از احکام مربوط به‌این‌موضوع را در کتاب‌دیگر خود بنام «النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة»[5] در باب اهلیت تعاقد یادآوری خواهیم کرد .

از مصادیق دیگر این قاعده اباحهٔ شرب خمر برتشنه ونیز باجازهٔ عده‌ای از فقیهان نوشیدن آن بعنوان دارو است[6] و همچنین است خوردن گوشت میته‌برای گرسنه .

یکی دیگر از مصادیق این قاعده به هنگام عسر وتنگدستی و « گرفتاریهای عمومی» است . مثلا اگر ثابت شود که بدهکار در فشار مالی و معسر است ، باستناد آیهٔ کریمهٔ «وان کان ذوعسرة فنظرة الی میسرة»[8] جایز است که قرار پرداخت‌بدهی

---

۱ــ از سیوطی (ص۶۰) واز ابن‌نجیم (ص۳۴) .

۲ــ الضرورات تبیح المحظورات .

۳ــ الضرورة لاقانون لها *Necessitas non habet Legem* .

۴ــ در صغر سن و جنون اساساً تکلیفی نیست تا ساقط شود ، می‌توان گفت کـه نظر نویسنده این بوده که بلحاظ ضرورت، تکلیف قانونی متوجه صغیر ومجنون‌نشده است.مترجم

۶ــ ج ۲ ، ص ۱۰۰ ببعد .

۷ــ بدایةالمجتهد ، ص ۳۸۱ .

۸ــ سورهٔ بقره (۲) ۲۸ . وفعل «کان» دراینجا تام‌است‌بمعنی وقع وحدث. و برخی*

او بصورت اقساط صادر گردد واین امر در قانون موجبات لبنان «اعطاء مهلت»[1] نامیده شده است . و بموجب مادهٔ ۴۸۰ مجله اگر کسی زورقی را برای مدت معینی اجاره کند وبهنگام پایان مدت ، آن کرجی در میان دریا باشد مدت اجاره ضرورةً خود بخود تجدید میشود تا کرجی بکرانه برسد و نمی‌توان مستأجر را مجبور کرد که پیش از رسیدن بکرانه زورق را تحویل بدهد .

از آثار دیگر این قاعده تجویز برخی از معاملات و مسائلی است که مردم در زندگی اقتصادی خود بآنها نیازمندند ومجله در مادهٔ ۳۲ ازالاشباه و النظائر[2] چنین نقل میکند : «احتیاج در حکم ضرورت است خواه عمومی باشد یاخصوصی و تجویز بیع وفا از این قبیل است . هنگامیکه بدهکاری مردم در بخارا فزونی‌یافت نیاز بدان محسوس گردید» وبطوریکه دیدیم ، احتیاج اجتماعی ، بیع وفا را بمنظور گریز از قانون تحریم ربا بوجودآورد .

**محدودیتهای این قاعده**

آری ضرورت‌ها موانع قانونی را از میان میبرند ولی‌این قاعده مطلق‌نیست بلکه سه عامل نص و اندازه و زمان هریك محدودیتی برای این قاعده فراهم کرده است که ذیلا برخی از موارد آن با ذکرمواد کلی ومثالهای لازم برای روشن کردن موضوع ،آورده می‌شود :

اول ـ قید با نص

---

* آنرا فعل ناقص وخبرش را محذوف دانسته‌اند وبتقدیر «وان‌کان ذوعسرة غریمالکم»رجوع کنید به‌تفسیر فخررازی، ج ۲ ، ص ۳۶۰ .

۱ـ در مادهٔ ۱۱۵ آن قانون ، بنقل از تعبیر فرانسوی : *Terme de grâce* .

۲ـ از سیوطی (ص۶۲) ، واز ابن‌نجیم (ص۳۶) .

ابن نجیم میگوید : «سختی وحرج درجائی معتبر است که نص‌وجود ندارد»[1] ابوحنیفه ومحمد بن‌حسن شیبانی هم برهمین عقیده‌اند ولی‌بطوریکه گذشت ابویوسف وسایرین برخلاف آنند[2].

دوم ــ قید یا اندازه

مجله در مادهٔ ۲۲ میگوید: «ضرورت‌ها اندازه دارند» وبطوریکه درالمجامع و الاشباه[3] منقول است صحیحتر اینست که گفته شود : « آنچه‌بواسطهٔ ضرورت مباح میشود اندازه دارد» . زیرا آنچه که اندازه گرفته میشود ، ضرورت‌نیست بلکه‌چیزی است که بسبب ضرورت مباح شده است . ومجله در مادهٔ۳۱ بدینمعنی صراحت‌دارد: « الضرر یدفع بقدر الامکان » ، ( ضرر را بقدر امکان باید دفع کرد )[4] . تمام این گفتگوها چنین میرساند که ضرورت حالتی نادر و استثنائی است و در تفسیر آن باید سخت گیری ودقت کرد . پس اباحه‌ای که بسبب ضرورت ایجاد میگردد، مطلق‌نیست بلکه باندازهٔ لازم برای رفع دشواری است . مثلا درجائی که دزدی رواست دزدی‌یك گرده‌نان برای گرسنهٔ پژمان رواست نه دزدی دارائی کلان . بهمین جهت جمهور فقیهان‌خوردن گوشت حیوان مرده‌را برای گرسنه‌باندازه‌ای که رمقی بگیرد[5]، جائز

---

۱ـ الاشباه والنظائر ، ص ۳۳ .

۲ـ در فصل تغییر قوانین.

۳ـ از سیوطی (ص ۶۰) واز ابن نجیم (ص ۳۴) وشرح المجامع (ص ۳۳۱ ) و در المجامع لفظ دیگری نیز نقل شده است : «الثابت بالضرورة یقدر بقدرها» ، ( رجوع شود به المنافع ، ص ۳۱۸).

۴ـ این قاعده درالمجامع (المنافع، ص ۳۲۳) ، بلفظ «الضرر مدفوع بقدرالامکان» آمده است.

۵ـ در مذهب شیعه هم قول مشهور برجواز تا سرحد رمق است. مترجم

دانسته‌اند بخلاف امام مالك که دراین مورد استفاده از گوشت میته را تاحدسیرشدن جائز دانسته و حتی بنظر او میتوان از آن توشه نیز بـرگرفت تا چیز دیگری را بدست آورد[۱].

سوم ـ قید زمان

اباحهٔ ناشی از ضرورت ، استثنائی است و تا زمانی که عذر و حالت اضطرار باقی باشد، این حکم نیز باقی وپایدار است وچون آن حالت بر طرف شود رخصت که حکمی استثنائی است ، نیزاز میان میرود وکار بقاعدهٔ اصلی برمیگردد .

بهمین معنی در دو کتاب الاشباه والنظائر و المجامع[۲] وهمچنین درمجله‌چنین آمده است : «آنچه به‌عذر جائز میشود با زوال عذر جوازآن منتفی میگردد ، پس هرگاه مانع زائل شد ، حکم حرمت بازمیگردد » (ماده‌های ۲۳و۲۴ )[۳] و از موارد تطبیقهای این قائدهٔ علمی این است که بموجب آن وقتی علت متوقف شد نتیجه نیز متوقف میگردد[۴].

مثلا اگر کسی بسبب دیوانگی محجور گردد با رفع جنون و باز یافتن عقل حکم حجر نیز برطرف میگردد ویا اگر مادری بابیگانه ( نامحرم)زناشوئی کند ، حق حضانت وی از فرزندان صغیرش ساقط میشود لیکن بمحض آنکه این زناشوئی

---

۱ـ بدایةالمجتهد ، ج ۱ ، ص ۳۸۱-۳۸۲ .

۲ـ الاشباه و النظائر از سیوطی ، ( ص ۶۱ ) و از ابن نجیم ( ص ۳۴ ) و المنافـع (ص ۳۱۱) .

۳ـ ماجاز لعذر بطل بزواله و اذازال المانع عادالممنوع ـ هرچه‌بعلت وجودعذری جائز شود با زوال عذر جوازآن نیز منتفی می‌شود وچون مانع از بین برود بحالت‌ممنوعیت سابق برمیگردد .

۴ـ در مثل لاتینی چنین آمده است : *Cessante causa cessat effectus*

فسخ گردد با زوال مانع حق حضانت نیز دوباره بر می گردد[1].

**مسألهٔ ضمان**

آیا با توسل بقاعدهٔ اضطرار میتوان از جبران حقوق از دست رفتهٔ دیگران شانه خالی کرد؟ مثلا اگر گرسنه‌ای در حال اضطرار خوراکی دیگری‌را بخورد، ضامن ارزش‌آن نیز خواهد بود؟

در مذهب حنفی وبرخی از مذاهب دیگر این امر ضمان‌آور است[2] و قاعدهٔ کلی منقول در المجامع[3] و مجله نیز بر این جاریست: «اضطرار حق دیگری را ابطال نمیکند واگر کسی از شدت گرسنگی خوراکی دیگری را بخورد ضمان‌بهای آن فرع براین قاعده است»، (مادهٔ ۳۳) ولی بموجب یکی‌از دو قول منقول ازامام مالك واحمدبن حنبل ضمان آور نیست و کسی که از روی گرسنگی مال دیگری را بخورد ضامن بهای آن نیست، زیرا «مساوات واحیای‌نفوس، بشرط قدرت‌وتوانائی واجب است»[4].

همچنین بموجب مادهٔ ۹۱۹ مجله چنانچه در جائی آتش سوزی پدیدآید، و کسی خانهٔ همسایه را برای جلوگیری از نفوذآتش به‌خانهٔ‌خود، خراب کند ضامن ارزش خانهٔ همسایه است مگر اینکه این اقدام او بـه دستور دولت باشد. و بموجب

---

۱ـ المختار وشرح آن الاختیار از موصلی (ج ۱، ص ۲۵۱)، و البحر (ج ۴، ص ۱٦۷) وردالمحتار (ج ۲، ص ۸۷۲).

۲ـ قول جمهور دانشمندان حقوق شیعهٔ امامیه نیز دائر برضمان است. مترجم

۳ـ المنافع، ص ۳۱۲.

۴ـ اعلام الموقعین، (ج ۳، ص ۸)، والفروق از قرافی (ج ۴، ص ۹).

مادهٔ ۴۸۰ اگر مدت اجارهٔ کرجی بعلت ضرورت تمدید شود ، برای مدت زائـد اجرت المثل باید پرداخت شود .

همچنین در مورد کشتن حیوانی کـه به انسانی حمله‌ور میشود ، بمنظور رفع گزند از او ، اختلاف نظر وجود دارد . مذهب حنفی کشنده را ضامن قیمت دانسته است ولی‌مذاهب دیگر برخلاف آن رفته‌اند واستنادشان بقاعده‌ای است که ابن‌رجب آنرا بدین مضمون تشریح کرده است : «هر کس چیزی را برای دفع ضرر مستقیم آن از خود تلف کند ضامن نیست ولی هر کس چیزی را برای دفع‌ضرر ناشی‌ازآن تلف کند ضامن است»[1]. وهمچنانکه می‌بینید در تفصیل این مسالهٔ دقت وحکمت و عدالت کاملا مورد نظر قرار گرفته است[2].

### ترجیح بهنگام تعارض مصالح

چنانچه ترخیص واباحهٔ‌ناشی از اضطرار یانیازمندی بامصلحتی دیگر تعارض کند ، در اینصورت چه باید کرد ؟ المجامع[3] ومجله درمادهٔ ۲۹ چنین پاسخ‌میدهد: «یختار اهون الشرین» ، (آنچه را زیانش کمتر است باید پذیرفت) . واین قاعده از قواعد اساسی و دارای متفرعات ونتایج فراوانی است که مهمترین آنها عبارتند از : دفع ضرر عمومی و دفع مفاسد و مقدم داشتن چیزیکه ضررش سبکتراست ، بشرح

---

۱ــ القواعد از ابن‌رجب (قاعدهٔ۲۶ ، ص ۳۶) ، والمغنی (ج۱۰، ص۳۵۰-۳۵۱).

۲ــ این مسائل را در کتاب خود « النظریة العامة للموجبات و العقود فـی الشریعة الاسلامیة» ، ج ۱ ، ص ۱۷۸-۱۷۹ بطور مفصل توضیح داده‌ایم .

۳ــ المنافع ، ص ۳۱۱ . از عایشه نیز بدین مضمون نقل شده است : «ماخیررسول الله (ص) بین امرین الا اختار ایسرهما» ،(هرگاه پیغمبر میان دوکار مخیر میشد ، آسانترین آنها را می‌پذیرفت)، و (المبسوط ، ج ۲۴ ، ص ۶۷).

زیر :

اول ــ دفع ضرر عمومی

قاضیخان میگوید : «یتحمل الضرر الخاص لدفع ضررعام»، (ضررخصوصی‌را در برابر ضرر عمومی باید تحمل کرد) واین گفتار نخست درالاشباه والنظائر[1] وسپس درمجله ازآن‌نقل شده است (مادهٔ ۲۶) .

مطابق این قاعده ، بنظرجمهور فقیهان ، دولت‌حق دخالت در زندگی افراد جامعه را برای حفظ مصالح عمومی دارد و از نمونه‌های این حق بـاز داشتن مثلا پزشك نادان از اشتغال بحرفهٔ طبابت یـا جواز خراب کردن خـانهٔ کسی بمنظور جلوگیری از پیشرفت آتش سوزی است . همچنین بههنگام نیازمندی عمومی‌ارزیابی اموال‌مورد احتکار و اجبار محتکر برفروش‌آنها جایز است[2].

دوم ــ دفع مفاسد

اگرمیان دفع مفسده از طرفی وجلب منفعت ازطرف دیگر تعارض‌پدیدآید، دفع مفسده مقدم است ومجله در مادهٔ ۳۰ اعلام میدارد که : « درء المفاسد اولی من جلب المنافع» ، (دفع مفاسد از جلب منافع سزاوارتر است) و بعبارت الاشباه[3] « از جلب مصلحت‌ها سزاوارتر است» .

---

۱ــ رجوع شود به‌فصل الانهار ازکتاب الشرب فی‌الفتاوی الخانیة (درحاشیهٔ هندی، ج ۳ ، ص۲۴۳) والاشباه از ابن نجیم ( ص ۳۵ ) و بهمین معنی در مثال لاتینی آمده است : *Lex citius tolerare volt privatum damnum quam publicum malum*.

۲ــ دو مادهٔ ۹۶۴ و ۹۱۹ مجله وموافقات شاطبی (ج ۲، ص۳۵۰) والفتاوی‌الهندیة ( ج ۳ ، ص ۲۷۷ ) و الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة از ابن قیم ( ص ۲۲۳ و ۲۳۳ به‌بعد) .

۳ــ از سیوطی (ص ۶۲) ، واز ابن‌نجیم (ص ۳۶) .

در مذهب حنفی ، نظریهٔ «سوء استفاده از حقوق» بر همین قاعده استواراست و بموجب آن هر کس در استعمال حق خود زیان فاحشی برای دیگری فراهم سازد از آن عمل بازداشته میشود ، وما این نظریه را درمحل دیگری[۱] با بیان اختلافاتیکه درآن پیدا شده است ، بیان کرده‌ایم .

سوم ـ پذیرش زیان سبکتر

در دو مادهٔ ۲۷ و ۲۸ مجله بنقل از الاشباه و المجامع[۲] چنین‌آمده است «هر گاه دو مفسده باهم تعارض کنند لازمست با ارتکاب آنچه زیانش کمتر است ازعملی شدن آنچه زیانش بیشتر است‌جلوگیری کرد . وضرر شدیدتر را باید باتحمل‌ضرر سبکتر برطرف کرد» . بهمین مناسبت هر گاه کسی در مقام دفاع‌از نفس مرتکب‌قتل گردد معذور شناخته میشود . و دفاع از نفس بر دفاع از حیوان و مال مقدم است . مثلا جمهور فقیهان گفته‌اند : اگر عده‌ای در کشتی باشند و بیم غرق کشتی در میان باشد، جائز است برای نجات سرنشینان آن هرآنچه مال و حیوان در کشتی است بدریا افکنند ، زیرا مفسدهٔ ناشی از نابود شدن اموال سبکتر از مفسدهٔ نابودی جانهاست . ولی‌درچنین حالتی‌جایز نیست سرنشینی را برای نجات دیگرسرنشینان به‌آب افکنند . چه ، همگی آنان در انسانیت برابرند ویکی را بردیگری برتری نیست[۳].

---

۱ـ درکتاب خود «النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة» ، ج ۱ ، ص ۴۵ .

۲ـ اشباه سیوطی (ص۶۲) ، وابن‌نجیم (ص ۳۵) والمنافع(ص۳۲۳). بهمین معنی است درقواعدابن‌رجب(قاعدهٔ ۱۱۲ ، ص ۲۴۶).

۳ـ رجوع شود به‌قواعد الاحکام عزبن عبدالسلام (ج ۱ ، ص ۷۰ و ۹۱) ، و الام از شافعی (ج ۶ ، ص ۲۶) ، والمستصفی ( ج ۱ ، ص ۱۴۱ ) ، والقوانین الفقهیه از ابن جزی (ص ۳۳۲) ، والفروق از قرافی (ج ۴ ، ص ۹).

به‌سال ۸۸٤ م . قضیهٔ شگفت‌انگیزی در دادگستری انگلستان مطرح شد . خلاصهٔ آن چنین بود که یك کشتی با عده‌ای از کارکنان وملاحانش دستخوش طوفان و امواج دریا گردید . وزمانی‌دراز در دریاماند وهیولای گرسنگی‌ومرگ بسر نشینان آن روی آورد. پس برای سدجوع کم سن وسالترین فرد خودشان را که‌جوانی‌هیجده ساله بود کشتند ولی پس از مدتی نجات یافتند . کارآنان بدادگستری کشیده شد و مجرم شناخته شدند . چون ترس از مرگ بواسطهٔ گرسنگی نمیتواند مجوز قتل[1] باشد ، دادگاه آنهارا بزهکار شناخت . درقضیه‌ای نظیر[2] آن نیز دادگاههای‌امریکائی چنین اجتهاد کردند .

بلحاظ همین قاعده است که ، شریعت اسلام برای بخیه کردن زخم انسان یا حیوان محترم غیر مأکول اللحم استفاده ازنخ غصبی راجائز دانسته واجازه نداده است که باآن نخ جامه یا چیز دیگری را بدوزند[3].

۱ـ *Regina V.Dudley and Stephens, L.R.14Q. B. D. 273.*

۲ـ *U. S. V, Holmes (1 Wallace Junior 1).*

۳ـ الوجیز از غزالی (ج ۱، ص ۲۱۳) وشرح آن فتح‌العزیز از رافعی (باالمجموع، ج ۱۱ ، ص ۳۲۷).

# فصل سوم

## قصد در اعمال

**کارها بقصد و نیت بستگی دارد**

کردار انسانی ناگزیر ناشی از ارادهٔ اوست یعنی انسان در اختیار عمل‌خود آزاد است و اراده برای غایت و هدف و غرضی که همان قصد و نیت است ، متوجه عمل میگردد . پس‌قصد یا نیت‌اراده‌ای است که بعمل متوجه میشود . مثلاا گر کسی بقصدزدن‌دیگری‌بطرف‌او تیرخالی کند و تیر به‌هدف بخورد ، تیرانداز دراینصورت‌هم ارادهٔ تیراندازی و هم‌قصد اصابت به‌هدف را داشته است .

در روانشناسی اراده را به‌کارهای مقدماتی و کارهای تنفیذی که بدنبال دارد تقسیم کرده‌اند ، که در اینجا مجالی برای شرح آن نیست وفقط به‌بیان مراتب‌اراده اکتفا میکنیم . بنا به تقسیم سبکی[1] در مسألهٔ ارتکاب گنـاه ، قصد پنج مرتبه دارد : هاجس ، خاطر ، حدیث نفس ، هم ، عزم .

هاجس نخستین سایهٔ‌قصد است که درنفس پیدا میشود وپس ازآن خاطراست که جریان قصد درآن نمایان میگردد و حدیث نفس حالت توجه فکر به‌عمل و یا

---

۱ــ در الحلبیات ، بنقل سیوطی در الاشباه والنظائر ، ص۲۵ آمده است .

انصراف از آن است ، ومرحلهٔ هم ، ترجیح قصد فعل بر ترك آنست ، و مرتبهٔ عزم ، قصد را تکمیل میکند و آنرا بحالت جزم مبدل میسازد .

هاجس و خاطر تحت اختیار انسان نیستند و انسان از جهت آندو مسئول شمرده نمیشود . همچنین به‌مقتضای این دو حدیث نبوی : « عفی عن امتی ما حدثت به‌نفوسها[۱] ــ امت من از حدیث نفس بخشوده هستند» و «ان الهم‌بالحسنة یکتب‌حسنة والهم بالسیئة لایکتب سیئة[۲] ــ تصمیم بکار نیك کاری نیك شمرده میشود ولی تصمیم بکار زشت ، گناه بشمار نمیرود» انسان درمرحلهٔ سوم وچهارم قصد نیز موردمؤاخذه قرار نمیگیرد ، ولی در مرتبهٔ عزم اختلاف‌نظر وجود دارد که در حال حاضرمجالی برای شرح آن نیست .

این بود معنی وتفصیل قصددر گناهان‌مذهبی . اما درامور حقوقی ومعاملات، بمجرد قصد اثـر و اعتباری مترتب نیست . چــه ، قصد بـرای طرف مقابل امری است ناشناخته وممکن است‌انسان ازآن عدول کند . پس برهیچ یك از مراتب‌قصد در معاملات اثری مترتب نمیشود و آنرا اهمیتی نیست مگر اینکه بــه حیز وجود آید وبا اجرا و عمل مقرون شود[۳].

حکم هر عمل نیز دائر مدار قصد عامل است ودر حدیث شریف آمده است:

---

۱ــ غزالی آنرا در احیاء علوم الدین ، ج ۳ ، ص ۳۶ ذکر میکند . و این معنی در بخاری (شرح عینی ، ج ۲۳ ، ص ۱۸۸ ) نیز نقل شده است : « ان الله تجاوز لامتی عما وسوست او حدثت بهانفسها مالم تعمل اوتکلم» ، (خداوند از وسوسه وحدیث نفس امت من‌در گذشته است مگر اینکه برحسب‌آن عمل‌کند ویا برزبان آورد) .

۲ــ سیوطی آنرا در الاشباه در همان محل آورده است .

۳ــ درقوانین‌کیفری امروز ، مجرد قصد ارتکاب جرم ، جرم‌نیست ، بلکه باید نیت وقصد به‌عمل به‌پیوندد . یعنی شروع به‌ارتکاب جرم‌کند ویا آنرا به‌انجام رساند .

«انما الاعمال بالنیات وانما لکل امریء ما نوی» ، (عمل‌ها به‌نیت‌ها تعلق دارد و هر شخص دامنگیر نیت خود است)[۱]. پس اعمال بمقاصد مربوط است و بنا بقاعدهٔ کلی مذکور در مادهٔ دوم مجله «کارها به‌قصد و نیت بستگی دارد[۲]» یعنی حکمی که بر کاری مترتب میشود بمقتضای مقصود و نیتی است که عامل دربارهٔ آن امر داشته است .

مثلا بموجب مادهٔ ۷۶۹ مجله اگر کسی چیز گم شده‌ایرا به نیت رد آن بر صاحبش بردارد بر او حلال است. ولی اگر به نیت تصاحب بردارد ، غاصب شمرده میشود . در هر دوحال عمل یکی است ولی بااختلاف قصد ، حکم متفاوت میشود .

**نیت وظاهر**

باتوجه بقاعدهٔ «کارها به‌قصد و نیت بستگی دارد»چنانچه نیت وظاهر مختلف شوند وامکان آگاهی واطلاع بر نیت‌باشد حکم بمقتضای آن‌داده خواهد شد وهمچنین اگر معنی گفتاری‌بالفظ آن متفاوت باشد، معنی معتبر خواهد بود ومادهٔ‌سوم مجله‌نیز

---

۱ــ در همهٔ کتب ششگانهٔ حدیث روایت شده است . در بخاری به‌عبارت : « فمن کانت هجرته الی دنیا یصیبها اوالی امرأة ینکحها ، فهجرته الی‌ماهاجرالیه » ــ هرکس هجرتش برای بدست آوردن مال دنیا ویا ازدواج با زنی باشد پس هجرت اوبرای همانست که درنیت داشته است . و در دیگر جاها بالفاظ مختلف بیان شده است . مثلا «انما الاعمال بالنیة وانما لکل‌امریء ما نوی ، وفمن کانت هجرته الی‌الله و رسوله فهجرته الی‌الله و رسوله و من هاجر لدنیا یصیبها او امرأة یتزوجها فهجرته الی ما هاجرالیه» ، (کارها به‌نیت بستگی دارد ونیت هرکس دامنگیر اوست ، هرکس «نیت» هجرت به‌خدا و رسول او را داشته باشد ، هجرت او بخدا و رسول اوست وهرکس برای بدست‌آوردن مال یاازدواج بازنی هجرت‌کند، پس‌هجرت او برای همان است‌که در نیت داشته است.)

۲ــ این قاعدهٔ دیگری است‌که سبکی برچهار قاعده‌ای‌که قاضی حسین‌بنای فقه را بر آنها استوار دانسته در جمع‌الجوامع افزوده است . رك. به‌حاشیهٔ بنانی ، ج ۲ ، ص ۳۷۳

میگوید : «در عقدها اعتبار به قصدها و معانی‌است نه‌الفاظ وعبارات» .

همانطوریکه میدانیم اگر منفعت‌چیزی دربرابر عوض یعنی‌پرداخت اجرت مورد عقدقرار گیرد اجاره ، و بدون عوض اعاره نامیده میشود . حال اگر دو نفر عقدی بلفظ اعاره جاری کنند و شرط کنند که به‌عاریه دهنده عوضی بدهند این عقد بموجب‌معنی«اجاره» شمرده‌میشود وتوجهی به‌لفظ آن که «اعاره» باشد نخواهد شد[1].

بدین‌ترتیب ، درمواردی ازاین‌قبیل ، حکم‌برمعنی و نیت مترتب است‌بشرطی که حق غیر در میان نباشد ، چه در اینصورت بلحاظ « دفع گزند و ضرر از مردم » باید بمقتضای ظاهر لفظ حکم کرد .

مثلا هر گاه یکی از دوطرف دعوی درپیشگاه دادرس ، دیگری را بسو گند وادار کند، سو گند برظاهر آن که مطابق‌با نیت‌دادرس ودادخواه‌است، عمل میشود نه بر نیت کسی که سو گند میخورد. وحدیث شریف«الیمین علی‌نیة‌المستحلف[2]ــ سو گند بر نیت وقصد دادخواه است» مبین این معنی است . بنابراین توریه در سو گندجایز نیست و بهنگام سو گند پنهان کردن حقیقت و آشکار ساختن غیرآن روا نمیباشد و بنابقولی اگر سو گند خورنده‌واقعاً مظلوم باشد ، توریه در سو گند اضطراراً برای او جایز است[3].

---

۱ــ این قاعده را مفصلا در باب عقودکتاب‌خود ، «النظریةالعامة للموجبات‌والعقود» ج ۲ ، ص ۲۸ــ۳۱ روشن نموده‌ایم .

۲ــ صحیح مسلم (ج ۵ ، ص ۸۷) وشرح‌آن از نووی (ج ۱۱ ، ص۱۱۷) .

۳ــ ابن نجیم بنقل از خلاصه در الاشباه (ص۲۱) . درکتاب مفتاح‌الکرامة‌که فقهی مطابق مذهب شیعهٔ امامیه است (ج ۵ ، ص ۱۸) این‌کاررا برای مدیون معسر نیزجائزشمرده است ومی‌گوید:اگراز اعتراف بترسدبایدراه انکار وسوگندرا پیش‌گیرد و به‌هنگام‌ادای‌سوگند توریه و نیت‌کندکه در وقت ممکن دین خود را ادا نماید .

همچنین باستناد حدیث شریف « نحن نحکم بالظاهر والله یتولی السرائر » ، (ما بظاهرحکم میکنیم ، وخداوند از نهان‌ها آگاهی دارد)[1]. ونیز بنا به‌قاعدهٔ مذکور در المجامع[2] و مجله که «در امور درونی ظاهر جایگزین باطن است یعنی اگر بر حقیقت امر نتوان آگاهی یافت برحسب ظاهر بایدحکم کرد» آمده‌است ، چنانچه بر نیت ومقصود واقعی نتوانیم‌دست‌یابیم‌باید به‌ظاهر حکم کنیم . بنابراین ، به‌هنگام تعارض نیت با ظاهر اصل ، عمل به مقتضای نیت است ، مگر اینکه ظاهر بـا حق دیگری بستگی داشته باشد ویا معرفت بر نیت‌دشوار گردد که اضطراراً برسبیل‌استثنا بموجب ظاهر حکم میشود .

پس آگاهی بر نیت از امور مهم است زیرا حکم‌حقیقی‌بر آن مترتب میشود و در صورت تعسر و دشواری اخذ بظاهر باید کرد . بهمین جهت در کتب فقهی‌ومجله، قواعد و ضوابطی‌برای تفسیر الفاظ ومعانی تصرفات‌شرعی ذکر کرده‌اند وبطوریکه خواهیم دید ، مراد از بیان این قواعد ، بخلاف نظر برخـی از علما ، لزوم تمسك بلفظ نیست بلکه کوششی‌است در راه فهم معانی‌امور و مقاصد حقیقی آنها کـه ذیلاً باختصار بیان میشود:

**حقیقت ومجاز**

کلام به‌حقیقت ومجاز ومهمل تقسیم میگردد . حقیقت لفظی‌است که درمعنی

---

۱ـ این‌حدیث‌را آمدی درالاحکام ، ج ۳ ، ص ۹۱ و برخی از حنفیان مانند موصلی ( در الاختیار در شرح المختار ج ۱ ، ص ۱۵۹ ) بعبارت « انـا اقضی بالظاهر والله یتولی السرائر » ـ من بظاهر قضاوت میکنم و خداوند متولی بر سرائر ونیات است . و در المهذب (ج ۲ ، ص ۸۶) به‌عبارت «احکم بالظاهر والله عزوجل یتولی السرائر» آورده‌اند .

۲ـ المنافع ، ص۳۲۰ ، وباین معنی در مثل لاتینی چنین آمده است :

*Acta exteriora indicant interiora secreta.*

لغوی یا اصطلاحی خود بکار رود مانند بکاربردن لفظ (شیر) درمفهوم حیوان درنده یا استعمال لغت (قیاس) بعنوان دلیل شرعی در اصطلاح علمای اصول . ومجاز لفظی است که در غیر معنی لغوی و یا قراردادی خود استعمال شود مانند گفتن شیر و ارادهٔ مرد دلیر . ومهمل سخنی است که در غیر مورد استعمال شود و برای آن معنی و مفهومی نتوان یافت .

مادهٔ ۱۲ مجله میگوید : «اصل درسخن حقیقت است» بنابراین اگر کسی خانهٔ خود را وقف فرزندان خود کند و بمیرد ، و بهنگام مرگ اورا نوادههائی نیز باشند، آنان حقی در مال موقوفه ندارند . چه لفظ فرزند در حقیقت ، شامل نوادگان نمیشود .

ولی بموجب مادهٔ ٦١ مجله: «هرگاه حمل کلام برحقیقت متعذر باشد بمعنای مجازی آن باید توجه کرد» . مثلا در مثال بالا ، چنانچه واقف چیزی را برای فرزندان خود وقف کند و به هنگام مرگ فرزند بیواسطه نداشته باشد ، در چنین صورت لفظ فرزند مجازاً بر نوه اطلاق میشود زیرا حمل کلام بر معنی حقیقی متعذر است و نوادگان حق استفاده از عین موقوفه را خواهند داشت .

این عمل در حقیقت تفسیری از نیت واقف و تبعیت از قاعدهای است که در مادهٔ ٦۰ مجله بیان شده است : «اعمال وبکار انداختن سخن بهتر از مهمل داشتن آن است . یعنی تا حمل سخن برمعنی ممکن است ، نبایدآنرا مهمل گذارد»[1] .

مادهٔ ٦٢ مجله همچنین اضافه میکند : «اگر بکاربردن کلام در معنی حقیقی یا مجازی میسر نباشد ، مهمل گذارده میشود» . ومثال سخن مهمل اینست که شخصی

۱ـ در آخرین بند مادهٔ ۳٦۷ قانون الزامات لبنان بدین معنی آمده است : «...در صورتیکه بتوان برای نصی معنی ومفهومی یافت وآنرا عملی ساخت باید این کار راکرد» . و مثل لاتینی بدین شرح است: *Interpretatio fienda est ut res magis Valeat quam pereat*

ادعای فرزندی کسی را نماید که از خود او بزرگ سالتر است .

همه موادی کــه در فصل قواعد کلی مجله آمده است ، از کتاب الاشباه و النظائر و دیگر کتابهای اصول[1] گرفته شده است و خلاصه‌اش این است که سخن را در وهله اول بمعنی حقیقی ، و در صورت میسر نبودن آن بمعنی مجازی باید حمل کرد و نباید آنرا مهمل گذارد مگر اینکه اطلاق آن بـر معنای حقیقی و مجازی متعذر باشد .

در صورتیکه معنی حقیقی با معنی مجازی تعـارض کند ، و استعمال لفظ در معنای حقیقی مهجور و دور از ذهن باشد باید مقصود را در مجاز جستجو کرد وچنانچه دو معنی مذکور تعارض داشته باشند ولی معنی مجازی عرفاً غالب و مورد استعمال بیشتری داشته باشد ، بنظر ابوحنیفه تقدم با معنی حقیقی است ولی بنظر ابو یوسف ومحمدبن‌حسن شیبانی وغزالی ودیگران باید معنی مجازی را مقدم داشت وترجیح داد بشرطی که این معنی ، عرفی جاری و مطرد باشد . مجله نیز همین نظریهٔ دوم را پذیرفته است و در مادهٔ ٤۰ تصریح میکند : « بدلالت عرف ، حقیقت ترك میشود» و همچنین بنا برأی مختار دانشمندان اصول و قولی که هندی به امام شافعی[2] نسبت داده است ، دلالت عادت وعرف باید با نیت همراه باشد .

### تصریح ودلالت

اصولیان حنفی مذهب سخن را ازجهت دلالت به صریح و کنایه تقسیم کرده‌اند.

---

۱ـ الاشباه از ابن‌نجیم ( ص ۲۸ و ۵۳ ) ، واز سیوطی ( ص ۴۵ و ۸۹ ) ، و شرح المنار از ابن ملك (ص ۱۰۸ به‌بعد) .

۲ـ المنهاج از بیضاوی وشرح آن نهایة السول از اسنوی وشرح آن الابهاج از سبکی (ج ۱ ، ص ۲۰۵) و اشباه سیوطی (ص۶۶) .

صریح آنچنان سخنی است که معنی « آشکار و بین » داشته باشد ولی در سخن کنایه آمیز ، مراد ومقصود سخنگومستتر است و درك آن محتاج به تبیین وتوضیحی است که از عبارت نص ویا اشاره یادلالت‌یا اقتضای آن حاصل میشود . اما بعقیدهٔشافعیان سخن ازجهت دلالت به‌دلالت منطوق یا دلالت لفظی ، ودلالت مفهوم یادلالت معنوی تقسیم شده است که در اینجا مجالی برای شرح این تفصیلات نیست و خوانندگان به کتابهای اصول[۱] باید مراجعه کنند .

وصراحت سخن ممکن است گاهی با دلالت حال که از سکوت یا قراین ویا از عرف متداول ، فهمیده میشود ، منافات داشته باشد . مثلا در اغلب مذاهب اسلامی بیع معاطات یعنی مبادلهٔ عملی که دلالت برتراضی طرفین داردجائز است وخریدار میتواند بهای کالا را به‌فروشنده بدهد وبدون اینکه ایجاب و قبولی در میان باشد ، کالا را تصاحب کند . در اینجاست که دلالت حال بطورآشکار وصریح جانشین‌ایجاب وقبول میشود .

مثال دیگر: جایزاست که سرپرست‌صغیر به‌او اجازه دهد تا به‌اموربازرگانی بپردازد و مادهٔ ۹۷۱ مجله در این خصوص میگوید : « هماطوریکه اذن بصراحت ممکن است ، بـه دلالت حـال نیز امکان پـذیر است . مثلا اگر سرپرست صغیر ممیز او را در حال خرید و فروش ببیند سکوت کرده مانع کار او نشود ، در واقع بدلالت حال باو اجازه داده است» .

برسکوت نیز به‌تنهائی اثری مترتب نمیشودمگر اینکه همراه باقرائنی‌باشد و در قواعـد کلی چنین آمده است : «سخنی را بـه شخص ساکت نتوان نسبت داد واما سکوت بهنگام لزوم بمنزلهٔ بیان است» (مادهٔ ٦٧ مجله ) . این قاعده را بطور

۱ـ شرح‌المنار از ابن‌ملك (ص ۱۶۴ به‌بعد) ، و شرح المنهاج از اسنوی (ج ۱ ، ص ۲۳۱ به‌بعد) .

مفصل در فصل ایجاب وقبول از باب عقود شرح کرده‌ایم[۱].

اهمیت مطلب در اینستکه کلام صریح اصالت دارد واز دلالت نیرومندتر است، ودر این خصوص در کتاب المجامع[۲] ومادهٔ ۱۳ مجله چنین آمده است: «در برابر تصریح دلالت را اعتباری نیست». مثلا هرگاه کسی متاعی را در دکانی بگذارد و صاحب دکان جریان این عمل را ببیند وسکوت اختیار کند، این مال حکم ودیعه و امانت را خواهد داشت گویی عقد ودیعه از روی دلالت حال انجام گرفته است. ولی هرگاه درآن‌موقع دکاندار بگوید: اینرا نمی‌پذیرم، درچنین صورتی عقدامانت‌منعقد نمیشود (مادهٔ ۷۷۳ مجله) پس نهی صریح دکاندار، دلالت حال‌را منتفی می‌سازد و بطوریکه گفتیم: در برابر صراحت، دلالت را اثری نیست.

وشبیه به‌این مورد را گاهی در اثر اشتباه در تفسیر شروط واقف در وقفنامه‌ها نیز میتوان دید. از جمله شرطهای مذکور شرط معروف به «درجات قراردادی» است، بدین شرح: «اگر کسی از موقوف علیهم پیش ازآنکه بمرحله استحقاق‌برسد وبتواند ازمنافع‌مال موقوفه استفاده کند، بمیرد، و دارای فرزندی‌باشد، آن فرزند مستحق سهمی خواهد بود که بفرض زنده ماندن به پدر متوفای اوتعلق میگرفت». و بالجمله در تفسیر این نوع از شروط، الفاظ صریح و روشن قابل ترتیب اثر است نه دلالتهای آنها، چه «هرگاه الفاظ بر مقاصد دلالت نکنند، آنرا اعتباری نباشد»[۳].

---

۱ـ در کتاب «النظریة العامة للموجبات والعقود فی الشریعة اسلامیة»، ج ۲، ص۵۲.

۲ـ ودر المجامع چنین‌آمده است: «الثابت بدلالة النص انما یعتبر اذالم‌یوجدالصریح بخلافه»، (آنچه از راه دلالت ثابت می‌شود هنگامی معتبر است‌که نصی صریح مخالف آن وجود نداشته باشد). رك به‌شرح آن، المنافع، ص ۳۱۷ و ۳۲۸.

۳ـ فتاوی تقی‌الدین سبکی، قاهره، سال ۱۳۵۵ه، ص ۱۴۶ و ۱۶۹.

**مطلق و مقید**

کلام یا مطلق و آزاد است ، یا مقید . کلام مطلق آنستکه بر معنی خاصی بطور عموم دلالت کند ومقید آنست که برهمان معنی ولی بشرط اقتران بهصفتی ویا حالتی دلالت کند .

مثلا وکالت ممکن است مطلق یا مقید باشد . نوع اول این است که کسی دیگری را در مورد فروش چیزی وکیل کند بدون اینکه بهای آنرا تعیین نماید ودر نوع دوم موکل بصراحت ثمن وبهای آنرا تعیین ویا عمل وکیل‌را بشرط دیگرویا دلالت عرف مقید گرداند .

از تعریف مطلق ومقید چنین برمیآید که اصل در سخن اطلاق است وهرگاه کلامی فاقد قید باشد مطلق است مگر اینکه تقیید بصراحت یادلالت مستفاد گردد . قاعدهٔ کلی منقول از المجامع[1] ونیز مادهٔ ٦٤ مجله چنین میگوید : « تا دلیلی بنص یا دلالت بروجود تقیید وجودنداشته باشد ، کلام براطلاق حمل خواهد شد» .

ومادهٔ ١٤٩٤ مجله در مقام تمثیل میگوید : «در وکالت مطلق وکیل میتواند مال موکلش را بقیمت مناسب بفروشد ، خواه کم باشد خواه زیاد » و مادهٔ ١٤٩٥ اضافه میکند : «اگر موکل ثمن را تعیین کرده باشد وکیل نمی‌تواند به کمتر از آن بفروشد ...» این نوع تقیید بهصراحت یا نص بستگی دارد و نیز ممکن است تقیید از راه دلالت باشد ودر این مورد مادهٔ ١٤٨٤ مجله اعلام میدارد: «اگر کسی دیگری را وکیل خریدن چیزی کند که در هنگامی معین ضروریست ، وکالت تنها شامل همان موسم وموقع معین میشود» .

---

١ـ المنافع ، ص ٣٣١.

**ارتباط سخن**

کلام هراندازه که طولانی باشد ، درصورتیکه فقط دربارهٔ یك موضوع باشد، بـاید من حیث المجموع و رویهمرفتهمعتبر شمرده شود ، چه جملههای آن بیکدیگر بستگی دارند . و کسی کـه میخواهد معنی حقیقی جمله را دریابد ، باید « آغاز و پایان آنـرا بهم بپیوندد »[1] و تنها توجه به جزئی ، برای ادراك معنی حقیقی کلام کافی نیست .

این قانون عمومی را میتوان بطور خصوصی براقرار منطبق ساخت ، اقراری که در برابر پرسشی ، از شخص اقرار کننده صادر میشود . در اینجاست که برای اطلاع بر فحوای اقرار باید پاسخ را به پرسش عطف کـرد . از اینرو در الاشباه[2] و مادهٔ ٦٦ مجلهچنین آمده است «پرسش درپاسخ باید اعاده شود وآنچه برای تصدیق و اقرار طرف از او پرسیده میشود باید مورد اقرار قرار گیرد» .

مثلا هرگاه مدعی علیه (خوانده)از وجود سندی مطلع باشد و از او بپرسند «آیا بآنچه در این سند است معترفی ؟ » ودر پاسخ بگوید «آری» . پاسخ او بههمین پرسش برمیگردد وبا این اقرار در حقیقت مضمون سند را پذیرفته است و مثل این است که بجای گفتن «آری» بگوید «آری بآنچه دراین سند است معترفم» . همچنین شرط است اینکه پرسش از حدود پاسخ پا فرا ننهد والا اقرارناقص است . پس اگر از «خوانده» پرسیده شود « آیا بخط و امضای این سند اقرار میکنی و در پـاسخ بگوید «تنها بمتن آن اعتراف میکنم» اقرارش ناقص است چون همهٔ جوانب پرسش را فرا نگرفته است ، بنابراین قابل تطبیق با قاعدهٔ مزبور نیست.

---

۱ـ گفتار شاطبی در چگونگی تفسیر آیات قرآن کریم ، در موافقات، ج۳،ص۴۱۳.

۲ـ الاشباه والنظائر از سیوطی (ص۹۷) . واز ابن نجیم (ص ٦١) .

# فصل اول

## دوره‌های قانونگذاری

امر قانونگذاری اسلامی را از نظر سهولت بحث به‌پنج دوره‌تقسیم میکنیم: عصر پیامبر (ص)، عصر خلفاءِ راشدین وامویان، عصر طلائی‌عباسی، عصر انحطاط وتقلید، وعصر نهضت[1]. که ما پس از بیان مجملی ازعادات عرب در دوران جاهلیت، باختصار دوره‌های مزبور را شرح میدهیم.

### عصر جاهلیت

عرب در جاهلیت یعنی زمان پیش از اسلام در جزیرهٔ خود وکناره‌های آن بصورت بدوی وحال پراکندگی‌میزیستند وعرف وعادت مصدر ومنشاءِ نظام‌آنان‌بود و اجتماع آنان از خاندانهای پراکنده‌ای تشکیل می‌یافت که بیك دولت مرکزی

---

۱ـ رجوع شود به‌تاریخ التشریع‌الاسلامی از خضری (مصر، چاپ دوم، ۱۹۲۶)؛ ونظرة عامة فی‌تاریخ الفقه الاسلامی‌از دکتر علی‌حسن‌عبدالقادر (جزء اول، قاهره، ۱۹۴۲)؛ وتاریخ التشریع الاسلامی از سبکی وسایس وبربری (مصر، چاپ دوم، ۱۹۳۹)؛ ودوکتاب فجرالاسلام و ضحی‌الاسلام از آقای‌احمد امین؛ وحسن‌المحاضرة از سیوطی؛ وکتابهای‌طبقات که بیان آنها خواهدآمد.

خلاصهٔ سخن این است که برای درك مقصود ومعنی هرچیز، باید الفاظ متعلقه بآن را بهم ربط داد وآنرا رویهمرفته بررسی کرد و هیچ گونه تجزیه و تفرقه درآن روا نداشت بهمین جهت قانون موجبات لبنان میگوید: «مواد یك قرار داد را باید رویهمرفته در مد نظر گرفت چه برخی از موادآن، با توجه بهمجموعهٔ قرار داد، مواد دیگرش‌را تفسیرمی کند» (مادهٔ ۳٦۸).

## سیاق و روش سخن

روش سخن در فهم و تفسیر معنی آن اهمیت بسیار دارد. چه بسا کلمه یا صفتی دریك مناسبت بی‌ارزش ولی بمناسبت دیگر با اهمیت باشد. ازنمونه‌های‌این مورد میتوان این دو قاعدهٔ کلی را که در مجله آمده است نقل کرد:

۱ـ بنقل مجله از المجامع[۱]: «وصف نسبت به‌حاضر بی‌اثر و نسبت به غایب معتبر است. مثلا کسی که اسب سفید موجود در مجلس را میفروشد اگرآنرا نشان بدهد وبگوید این اسب سیاه را فروختم وخریدار هم‌بپذیرد. بیع‌صحیح‌است ووصف سیاهی لغو وبی‌اثر است ولی اگر اسبی درمیان نباشد وفروشنده‌آنرا با وصف‌سفیدی بفروشد و واقعاً اسب‌سفید نباشد در اینصورت بیع منعقد نشده است».

اگر جملهٔ آخر ماده میگفت (بیع لازم نشده است)، صحیحتر بود. چه‌در چنین حالتی، بنظر مجله، مشتری خیار تخلف از وصف دارد ومیتواندبیع را امضاء و یا فسخ کند.[۲،۳]

---

۱ـ المنافع، ص ۳۳۳.

۲ـ رجوع شود به‌مادهٔ ۳۱۰ مجله وشرح علی‌حیدر بر مادهٔ ٦۵.

۳ـ در حقوق امامیه چنین بیعی منعقد شده است وخریدار فقط خیار تخلف از وصف را دارد. مترجم

پس در مورد چیزهای حاضر چون صفات ومشخصات آنها آشکار است، بتوصیف وبیان نیاز ندارد واگر اشتباهی در توصیف آن شود باز بی اثر شمرده میشود . ولی در مورد امور غایب چون فرض براین است که اوصاف آن بر خریدار مجهول است از اینرو ببیان نیازمند است . پس اگر کسی کالائی را باصفت « مرغوب» بفروشد و سپس معلوم شود که مبیع از آن صفت برخوردار نیست ، بمقتضای مجله (مادهٔ ۳۱۰) ، عقد غیر لازم است و مشتری اختیار فسخ دارد . از اینرو می بینیم که معانی اوصاف و کلام بمناسبتهای گوناگون ودر امکنهٔ مختلف اختلاف پیدا میکند .

۲ـ (گفتن قسمتی از سخن که تجزیه ناپذیر باشد مانند گفتن همهٔ آنست) ، (مادهٔ ٦۳ مجله) .

این قاعده را صاحب هدایه و ابن‌نجیم در الاشباه والنظائر آورده‌اند وسیوطی هم باعبارتی نزدیك بدان گفته است : «اختیار قسمتی از آنچه تبعیض ناپذیر استدر حکم اختیار کل وهمهٔ آنست و اسقاط قسمتی از آن مانند اسقاط همه است»[1] .

از مثالهای این قاعده حق شفعه است کـه قابل تجزیه نیست . بنابراین‌مجله در مادهٔ ۱۰٤۱ چنین میگوید : «شفعه کننده نمی‌تواند نسبت بمقداری ازملك ازحق شفعه استفاده کند واز بقیه صرفنظر کند» .

مثال عجیب دیگری که اغلب فقها در باب طلاق آنرا درعداد مثالهای‌فرضی ذکر کرده‌اند این است که اگر کسی جزء مشاعی از زن خود را و یا نصف او را طلاق دهد ، طلاق کامل است چه طلاق امریست تجزیه ناپذیر و ذکر بعض مانند ذکر کل است[2] و فقیهان بر این حکم اتفاق دارند ، جز داود ظاهری که در چنین

۱ـ الهدایة ، (ج ۱ ، ص ۱۸۴) والاشباه از ابن نجیم (ص۶۴) وسیوطی (ص۱۰۸) وقواعد عزبن عبدالسلام (ج ۲ ، ص ۸۶) ،

۲ـ الهدایة و قواعد ابن‌عبدالسلام در همانجا .

حالی به‌عدم وقوع طلاق معتقد است[۳] ولی بطوریکه مـی‌بینیم این مسئله فرض محض است و تصور آن در عالم واقع و خارج ممکن نیست و چنین طلاقی از مرد عـاقل سر نمی‌زند .

۱ـ المیزان از شعرانی ، ج ۲ ، ص۱۲۶ .

# فصل چهارم

## اصول عمومی اثبات دعوی

### بخش اول

#### لزوم اثبات

**اهمیت اثبات**

برخی از امور بالعیان ثابت است و اثبات برخی دیگر ببرهان نیازمنداست و هر دو روش در ارزش همانند میباشند و بطوریکه فقیهان گفته‌اند[1] و مجله نیز در ماده ۷۵ اشاره میکند: «آنچه ببرهان ثابت شود مانندآنستکه بالعیان ثابت باشد».

امر اثبات در مرحلهٔ دادرسی ارزش بزرگی دارد ودر حدیث نبوی آمده‌است که: «لویعطی الناس بدعواهم لادعی‌ناس دماء رجال واموالهم[2]...»، (اگر بمجرد

---

۱ـ این قاعده در المجامع (المنافع، ص ۳۱۷) نقل شده است ودر الهدایة (ج۴، ص ۱۴۱) بعبارت«الثابت‌بالشهادة کالثابت معاینةً» آمده است.

۲ـ و تتمهٔ‌آن چنین است: «ولکن الیمین علی‌المدعی علیه»، (ولی سوگند بر عهدهٔ خوانده است). رك، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۲۸.

ادعای مردم ترتیب اثر داده میشد هر آینه مردمانی خون و دارائی‌مردمان دیگری را ادعا میکردند ) پس ضرورت اثبات هر گونه ادعـای صرف و سست و دروغـی را وا میزنند .

این قاعده ایست عمومی ، گرچه در برخی از موارد نیز خـالی از خطر و زیان‌نیست . مثلا ادعائی که صاحبش از عهدهٔ اثبات آن بر نیاید معتبر نیست گر چه ادعائی درست باشد ، چون مسألهٔ اثبات نهایت اهمیت و ارزش را دارد و اگر کسی از دلایل ساختگی استفاده کند بازحکم بنفع او صادر میشود . پیغمبر اسلام بکسانی که بباطل اقامه دعوی مینمایند چنین اخطار کرده و میفرماید : « انکم تختصمون الیٔ ، ولعل بعضکم الحن‌بحجته من بعض . فمن قضیت له بحق اخیه شیئاً بقوله ، فانما اقطع‌له قطعة من‌النار فلایاخذها»[۱] ، (شما برای‌احقاق‌حق‌نزد من می‌آیید‌، شاید یکی از شما بهتر از دیگران از عهدهٔ بیان‌حجت واثبات دعوی‌خود بر آید . پس اگر در اثر این قبیل از سخنان بنفع کسی قضاوت کنم وحقی را کـه از آن برادر اوست بدو بسپارم ، در حقیقت قطعه‌ای از آتش است که به‌اومیدهم زینهار که‌آنرانگیرد.)

اثبات امر عبارت است از ارائهٔ حجت، و اقامهٔ دلیل بر آن تا به سرحدیقین برسد . و یقین چیزی است که از راه نظر یا دلیل ثابت شود . اصل براینستکه یقین، جز با یقینی دیگر ، برطرف و زایل نمی گردد . پس از یقین درجات تردید قرار گرفته است که عبارتند از ظن وشك و وهم .

معنی ظن و گمان اینستکه در صورت تردیدصحت، (دلایل) را ترجیح دهد . و گمان بحکم آیهٔ کریمهٔ : «ان الظن لایغنی من الحق شیئاً»[۲] برای اثبات امری بر خلاف یقین‌کافی نیست ، خصوصاً اگر این ظن و گمان ، ظاهر الخطا باشد . بهمین

---

۱ـ بنقل بخاری .رك، شرح عینی ، ج ۱۳ ، ص۲۵۷ .

۲ـ سورهٔ یونس (۱۰) ۳۶.

مناسبت درالاشباه‌والنظائر[1] ومجله آمده‌است: «ظنی که‌خطا درآن آشکارا باشد، بی‌اعتبار است» (مادهٔ ۷۲) .

مگر اینکه گمان از نوع ظن غالب باشد که بهنگام تعذر در دسترسی به‌یقین میتواند جانشین آن گردد. مثلا اگر غرق شدن یك کشتی ثابت شده باشد ، بظن‌غالب بمرگ سرنشینان آن حکم میشود.

شك و دو دلی حالت تردد بین ثبوت وعدم آنرا گویند بطوریکه‌دوطرف‌صواب وخطا برابر باشند وهیچ یك بردیگران رجحان نداشته باشد . این نیز برای رفع یقین کافی و بسنده نیست و قاضی حسین این قاعده را بعنوان : « الیقین لایرفع بالشك » (شك رافع یقین نیست)[2] بیان کرده وآنرا یکی از قواعد چهارگانه‌ای میداند که فقه برآنها استوار شده است . کتاب اشباه[3] ومجله در مادهٔ ٤ میگوید : «یقین باشك از میان نمیرود».

وهم عبارت است از ترجیح طرف خطا در حالت تردید . و آن مردود است و مادهٔ ٧٤ مجله میگوید : « توهـم اعتباری ندارد »[4] . همچنین مجرد احتمال نیز مردود است .

بنا براین اعتبار ، در اصل ، به‌یقین وبه‌چیزی است که با دلیل ثابت شود ، و هر چه خلاف آن باشد معتبر نیست . از اینرو قاعدهٔ کلی مذکور در المجامع[5] و

---

۱ـ از سیوطی (ص۱۰۶) ، واز ابن‌نجیم (ص٦٣) .

۲ـ بنقل تاج‌الدین سبکی در جمع‌الجوامع . رجوع شود به‌شرح آن با حاشیهٔ بنانی ج ۲ ، ص ۳۷۳ .

۳ـ از سیوطی (ص ۳۷و۵۴)، وازابن‌نجیم (ص۲۲و۲۹) .

۴ـ این قاعده در مجمع الفتاوی آمده‌است . مراجعه شود بشرح مادهٔ۷۴ در «مرآة مجله احکام عدلیه».

۵ـ المنافع شرح‌المجامع ، ص۳۲۹ .

مادهٔ ۷۳ مجله چنین تصریح دارد : «احتمال ناشی از دلیل حجت نیست . مثلاً گر کسی در بیماری مرگ اعتراف کند کـه بیکی از ورثهٔ خود مدیون است ولی دیگر ورثه صحت آنرا تأیید نکنند ، این اقرار صحیح نیست چه احتمال دارد که چنین اقراری برای محروم ساختن سایر ورثه از ارثیه باشد . و این احتمال مستند باین دلیل است که اقرار کننده در بیماری منجر بمرگ است . ولی اگر کسی در حال صحت چنین اقراری کند جایز است وقصد حرمان سایر ورثه در این حال احتمال صرف و نوعی از توهم شمرده میشود و نمیتواند حجیت اقرار را مخدوش سازد»[۱].

**بار اثبات بدوش کیست**

در هر دادرسی لااقل دو نفر متداعی شرکت دارند که یکی را خواهان (مدعی) ودیگری را خوانده (مدعی علیه) می نامند. خواهان ، مدعی خلاف ظاهر است وخوانده بظاهر تمسك می جوید و ادعارا انکار میکند[۲]. بطوریکه دیدیم امر اثبات ارزش قضائی فراوانی دارد وناچاریم معلوم کنیم که بار آن بردوش کدامیك از دوطرف است؟ بدون تردید این امر برعهدهٔ خواهان است[۳] چون اصل درامور مترتب برظاهر است وهر

۱ــ این مثال مورد قبول مذهب حنفی است . اما در این خصوص در بعضی از مذاهب قول برخلاف آن وجود دارد که درکتاب خود «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية» ج۲، ص۱۴۲ به بعد، درمورد بیماری مشرف بموت چگونگی آنرا به تفصیل بیان کرده ایم.

۲ــ در الهداية ( ج ۳ ، ص ۱۲۵ ) چنین آمده است : « المدعـی من لايجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة » ، (مدعی کسی است که هر گاه از ادعای خود دست بردارد او را بترافع مجبور نکنند ولی مدعی علیه کسی است مجبور به ترافع است .)

۳ــ در امثال لاتینی است : *Actori incumbit probatio Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.*

کس خلاف آنرا ادعا کند باید دلیل بیاورد. المجامع[۱] و مجله این قاعدۀ کلی را آورده‌است: «دلیل بمنظور اثبات خلاف ظاهر و سوگند برای ابقای اصل است» (مادۀ ۷۷). و نیز مادۀ ۷۶ اعلام میدارد: «دلیل برعهدۀ خواهان وسوگند بر انکار کننده است» ومناط شرعی قاعدۀ مزبور حدیث نبوی «البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه او علی من انکر»[۲](بینه برعهدۀ «خواهان» وسوگند بر «خوانده» یا بر کسی استکه انکار کرده است)[۳] میباشد.

بعبارت دیگر اگر کسی ادعای چیزی را از دیگری کند باید از عهدۀاثبات آن برآید، چه بمقتضای اصل ببرائت ذمۀ مدعی‌علیه (خوانده) باید نظر داد ودر این‌مورد مجله‌چنین‌میگوید: «اصل برائت ذمه‌است وچنانچه کسی‌مال دیگری‌را تلف کند ودر مقدار آن اختلاف پدیدآید قول خوانده پذیرفته میشود واگر صاحب‌مال ادعا کند که بیش‌از‌آن‌را تلف کرده‌است باید از عهدۀ اقامۀ دلیل برآید» این قاعدۀ کلی از قواعدی‌است که اصولیان شافعی مذهب دراستصحاب‌حال بدان استنادمیکنند وقواعد مشابه آن را از قبیل: «اصل بقای هرچیز، برآنست که بوده؛ وآنچه در در زمانی پیشین ثابت شده است تادلیلی برخلافش پیدا نشود ببقای آن‌حکم‌میشود»[۴] که سابقاً بدانها اشارت رفت، براین قاعدۀ کلی پایه‌گذاری کرده‌اند.

بموجب قاعدۀ مذکور چنانچه‌خواهان از اثبات ادعای خود عاجز شود قرار

---

۱ـ در المجامع آمده است: بینه برای اثبات‌خلاف ظاهر وسوگند برای ابقای‌اصل است. بشرح آن، المنافع، ص ۳۱۴ رجوع شود.

۲ـ سیوطی آنرا در الجامع‌الصغیر، شماره ۳۲۲۵ و ۳۲۲۶ از ترمذی وبیهقی نقل کرده است.

۳ـ مادۀ هشتم، ومنقول از قواعد الاشباه.

۴ـ ماده‌های پنجم و دهم مجله‌که تفسیر آنها قبلاگذشت.

رددعوی صادر میشود و به وضع ظاهرمراجعهمیگردد . یعنیچگونگیدرهمان وضع سابقخود ابقاء میشود و«آنچه درقدیم بودهاست بهمانحالمیماند» . این مطلب در قواعد المجامع[1] آمده ومجله نیز درمادهٔ ٦ متعرض آن شدهاست وقاضیخانمیگوید: «اصل این است که آنچه بوده بحال خود بماند ودگرگون نشود ، مگر با دلیل»[2] البته بشرطی که کیفیت پیشین زیان آور نباشد ، زیرا به عبارت مجله که در مادهٔ ۷ میگوید«ضرر وزیان قدیم نیست» .

همچنین باید دانست که صفت بر دونوع است ، اصلی وعارضی . صفتاصلی آن است که از آغاز با موصوف خود همراه بوده است مانند صفت عقل برای انسان رشید . صفت عارضی مانند دیوانگی ومستی که از آغاز درموصوف وجود نداشته، و وجودآن طاری است وهرکس مدعی آن باشد باید وجود آنرا اثبات کند .

قاعدهایکه از این بحث بدست میآید ودر الاشباه و النظائر[3] نیزآمده است، اینست که اصل در صفات اصلی وجود و در صفات عارضی بر عدم است ، و مجله در مادهٔ ۹ میگوید : « اصل در صفات عارضی بـر عدم است . مثلا هرگاه دو شریك در مضاربه نسبتبهحصول ربح وعدمآن باهم اختلاف کنند گفتار مضارب پذیرفتهمیشود واثبات ربح برعهدهٔصاحب مال است[4]» .

---

۱ـ المنافع ، ص ۳۲۶ . این قاعده دارای مصادیقی در ابواب دیگـر از قبیل مرور زمان وغیره میباشد .

۲ـ الفتاوی الخانیة ، حاشیهٔ هندی ، ج ۳ ، ص ۲۴۶ .

۳ـ الاشباه والنظائر از ابن نجیم ، ص ۲۵ .

۴ـ مضاربه در فقه شرکتی راگویندکه مال از یکی و کار از دیگری باشد . جمهور فقیهان شیعهٔ امامیه نیز برهمین قولند . رجوع شود به جلـد اول شرح لمعه از شهید ثانی ، کتاب المضاربة . مترجم

در پایان اشاره باین مطلب لازم است که برای قاعدهٔ «دلیل بر دوش خواهان است» در مجله موردی استثنائی آمده است و آن در مورد ادعای امین است . پس اگر امانت‌دار ادعا کند که مال مورد ودیعه‌را باامانت گذار پس داده‌است وشخص اخیر منکر آن باشد «قول امین باسوگند» ، ( مادهٔ ۱۷۷٤ )[۱] معتبر است و این مخالف مقتضای قاعدهٔ مورد بحث است . چه امانت دار مدعی امری برخلاف ظاهر است و باید گفتار خود را باثبات برساند .

جمهور فقیهان اسلام ، جز مالکیان ، این استثناء را پذیرفته است ومالکیان نیز در صورتی که امانت گذار مالی را بدون بینه در اختیار امین بگذارد با جمهور هم عقیده هستند .

و بنظر ایشان چنانچه مال با مدرك و دلیل باامانت دار تحویل داده شود و او مدعی رد آن گردد باید قول خود را با ارائهٔ دلیل اثبات کند[۲]. این رأی به نظریات عصر جدید ، در این مورد ، نزدیك است . قانون اوقاف ۱۰ آذار ۱۹٤۷ لبنان استثنای فوق‌را نپذیرفته است و بموجب آن قانون ، صرف گفتار متولی‌وقف، که‌امین محسوب میشود درامور وقف و یا نسبت بمستحقین پذیرفته نمیشود و او باید ادعای خود را با سند باثبات رساند (مادهٔ ٤۱) .

### ترجیح دلائل

دانستیم که اصل برائت ذمه شامل‌حال‌خوانده واقامهٔ دلیل برای‌اثبات‌خلاف آن اصل بر عهدهٔ خواهان است ، اکنون لازم است خواهان وخوانده را از هم باز

---

۱ــ قول مشهور حقوقدانان شیعهٔ امامیه نیز همین‌است. رك شرح لمعه ، ج ۲ ، کتاب الودیعة از شهید ثانی . مترجم

۲ــ بدایةالمجتهد ، از ابن رشد ، ج ۲ ، ص ۲۵۷ .

## فهرست مندرجات

# مقدمهٔ مترجم

مؤلف این کتاب استاد صبحی محمصانی از حقوقدانان برجستهٔ لبنان واز وکلای مبرز دادگستری، همچنین از استادان حقوق در دانشگاههای بیروت است. اطلاع وسیع مؤلف به فقه اسلامی و آشنائی او به حقوق بین المللی و تطبیقی و همچنین خدمات و سابقهٔ قضائی او دست بدست هم داده و اثر جالبی بوجود آورده است. میتوان ادعا کرد که قسمت عمده‌ای از مطالب این کتاب برای بسیاری از علاقه مندان به فقه و حقوق اسلام جالب و مفید خواهد بود. خوانندهٔ محترم پس از مطالعهٔ این کتاب، به روش قانونگذاری مذاهب مختلف اسلامی بیشتر آشنائی خواهد یافت واین بهترین پاداش و مزد مترجم است.

مترجم در زمینه های ماهیت قانون و کیفیت قانونگذاری و لزوم تطور و تکمیل قوانین، همچنین در اصول تشریع درمذهب شیعه و ادلهٔ عقلی مطالبی تهیه کرده بود تا بصورت پاورقی و مقدمه بر این کتاب بیفزاید. بعدها صلاح در این دیده شد که بصورتی جداگانه منتشر شود، تنها به آوردن پانویس‌هائی چند، که لازم مینمود، اکتفا شد.

بستگی نداشت ، واساس حیات اجتماعی آنها برتعصبات خاندانی استوارشده بود . و پیوند فرد با قبیله از راههای خویشاوندی یا پسر خواندگی ، یا پیمان و یا ارباب بردگی‌میبود واز اینرو فردبه‌حمایت‌قبیله وجانبداری‌ازآن دربرابر تجاوزبیگانگان برمیخاست . جنگ در میان خـاندانها شیوع داشت ، در نتیجه اموال را غارت و مردان وزنان را اسیر میکردند واسیران را ببردگی میبردند .

وسیاست اقتصادیشان بی‌سرو دستار بود . کارکردن عار وبردگی رواج‌داشت. معاملات نیز مانند سایر نمودهای اجتماعیشان برعادت و تقلید بنامیشد وعرف عقود مبادله وبیع ومزارعه و ربا را جائز میداشت وبرخی عقود از قبیل بیع‌های ملامسه ومنابذه وحصاة تشریفاتی بودند که با گفتارهای معین یا دست زدن یا جامه افکندن وسنگ پراندن انجام میگرفت .[۱]

نظم خانوادگی آشفته بود و زن خوار شمرده میشد وعادت براین جاری بود که دختران را بلحاظ ننگ یا ناداری وتنگدستی پس‌از ولادت زنده بگورمیکردند وتعدد زوجات اندازه نداشت ومتعه یازواج موقت مباح بود . شوهر بدون هیچگونه قید وشرطی در رها کردن زن خود آزادی داشت و زنان و کودکان از ارث بهره‌ای نمیبردند .[۲]

**عصر پیامبر (ص)**

زمان پیغمبر نخستین دورهٔ تاریخ قانونگذاری‌اسلامی است که ازسال ٦۱۰ م.

---

۱ــ به‌کتاب النظریة العامة للموجبات و العقود فی الشریعة الاسلامیة ، از مؤلف این کتاب ، بیروت ، ۱۹۴۸،ج۲ص۲٦ــ۲۷ ، رجوع شود .

۲ــ در اینکه زنان در جاهلیت ارث نمیبردند ، هیچگونه خلافی نیست . رجوع شود به‌تفسیرفخررازی(ج۳ص۱۵۳)،وتفسیرزمخشری (ج ۱ ص ۲۴۹). دراین خصوص استاد نکدی درمقالهٔمعروف‌خوددر(المجمع‌العلمی‌العربی‌سال۱۹۴۷ص۲٦۱ــ۲٦۷) باامامخالفت کرده‌است .

شناسیم وبدانیم که بار اثبات برعهدهٔ کدام‌یك از ایشان‌است وبه‌هنگام تعارض ، دلیل کدام یك از ایشان مرجح‌است . واین بازشناسی‌را اصطلاحاً «ترجیح‌دلائل» مینامند ومجله در این خصوص مثالهای فراوانی آورده است که برای روشن‌شدن موضوع به بیان یك مثال قناعت میکنیم :

اگر کسی ملکیت چیزی را که در تصرف دیگری است ادعا کند و دومی در این ادعا با او به‌نزاع برخیزد آیا تقدیم دلیل مالکیت برعهدهٔ کدام یك از آنها است ؟ مجله میگوید : «در دعوی مالکیت دلیل بیرونی مقدم است» (مادهٔ ۱۷۵۷). معنی قاعدهٔ مزبور اینست که مالکیت ظاهراً با متصرف یا «صاحب ید» است و کسی که مدعی ، خلاف آن باشد باید اقامهٔ دلیل کند . این مطابق با مذهب حنفی است و یکی از دو قول منسوب به‌امام حنبل نیز آنرا تأیید میکند ولی قول دیگر از امام نامبرده وامام مالك‌وشافعی دلیل متصرف را بطور مطلق مقدم میدانند .[۱،۲،۳]

---

۱ــ کتاب رحمةالامة فی‌اختلاف‌الائمة از شیخ محمدبن عبدالرحمن دمشقی (درحاشیهٔ المیزان الکبری) ، ج ۲ ، ص ۲۰۵ .

۲ــ حجیت ید نزد فقهای امامیه از جهت ظهوریست که در مالکیت دارد و تصرف ، امارهٔ قانونی و دلیل مالکیت است و امام جعفر صادق (ع) گفته است : «لولم یجز هذاالماقام للمسلمین‌سوق» ومادهٔ۳۵ قانون مدنی ایران میگوید : «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است ...» . مترجم

۳ــ بنظر حقوقدانان امامیه ، اگر دو نفر ادعای مالکیت مالی راکنند وهریك برای اثبات ادعای خود اقامهٔ بینه نمایند ، چهار صورت ممکن است اتفاق افتد :

۱. هرگاه یکی ازآنها متصرف باشد ، در اینصورت بینهٔ خارج ( غیرمتصرف ) مقدم است ، بنابرمشهور.

۲. هرگاه هردو متصرف باشند حکم به‌تنصیف آن میشود و اعتنائی به‌تساوی یا عدم تساوی گواهان در شماره وعدالت نیست.*

قاعدهٔ کلی دیگری که مجله از ابن نجیم[1] نقل کرده است بامبحث ترجیح دلایل ارتباط کامل دارد، بدین مضمون: «اصل نسبت دادن امر حادث است به نزدیکترین زمانهایش. یعنی اگر در سبب ویازمان وقوع امری اختلاف پدید آید، حدوث آن امر به نزدیکترین اوقات، نسبت بهزمان حال، منسوب میشود، مگر اینکه دلیلی بر انتساب آن بهزمان دور بدست آید» (مادهٔ ١١). بدین مناسب «بینهٔ اثبات صحت بر بینهٔ اثبات مرض موت برتری دارد. مثلا اگر کسی مالی را بیکی از ورثهٔ خودهبه کند وسپس بمیرد ودیگر ورثه مدعی باشند که بخشش در بیماری مرگ صورت گرفته است ولی موهوب له ادعا کند که آن بهنگام سلامتی اتفاق افتاده است، در این صورت حق موهوب له است که اقامه دعوی کند» (مادهٔ ١٧٦٦). یعنی بر موهوب له است که گفتارش راثابت نماید، پس اگر نتواند ثابت کند، ناگزیر وقوع هبه را بهزمان بیماری منجر بمرگ یعنی بهزمان نزدیك باید نسبت داد و بمقتضای آن حکم کرد، وصحت هبه دراینصورت موکول باجازهٔ دیگر ورثه است (مادهٔ ٨٧٩)[2].

---

*٣. هرگاه مدعی به در تصرف ثالثی باشد بینهٔ عادلتر مرجح است ودر صورت تساوی در عدالت، آنکه گواهش بیشتر است بردیگری رجحان دارد ودر صورت تساوی بهقرعه باید پناه جست (برای تفصیل بهکتب فقهی امامیه رجوع شود).

٤. اگر مدعی به در تصرف کسی نباشد مشمول حکم شق سوم خواهد بود. مترجم

١ـ الاشباه والنظائر، ص ٢٥ـ٢٦. این قاعده در اشباه سیوطی (ص٤٣) با عبارت «الاصل فی کل حادث تقدیره بـا قرب زمن ـ اصل در هر امر حادث، نسبت دادن آن به نزدیکترین زمان است.» آمده است.

٢ـ این قاعده در مذهب حنفی استثنائاتی دارد که مهمترین آنها راابن نجیم نقل کرده است: «چنانچه قاضی پس از عزلش بکسی بگوید از تو هزاری گرفتم و آنرا بزید پرداختم وچنین حکم کردم میان شما. و محکوم علیه بگوید آنرا بهستم گرفتی. قول قاضی صحیح است، با اینکه سزاوار است امر حادث بنزدیکترین زمان خودکه وقت عزل است اضافه گردد. و برخی بدینسان گفتهاند وسرخسی نیز آنرا اختیار کرده است (از اشباه در محل مذکور).

این قواعد درمواردی بکار میرود که سبب ترجیح در آنها معین شده باشد و در غیر اینصورت زمانی کـه دلائل طرفین معارض یکدیگر باشند چگونگی حکم بستگی باحوال و بمقتضای مذاهب مختلف دارد. یا بمقتضای دلایل هردوطرف باید عمل کرد ویا بعلت معارضه، دلائل هر دو طرف را مردود باید شناخت ویا برای ترجیح یکی بردیگری از قرعه استفاده کرد. وچون بحث ما راجع بکلیات است، در این کتاب نمیتوانیم بتفصیل آن بپردازیم و آنچه را که در مجله و دیگر مذاهب در این خصوص ذکر شده است توضیح دهیم.

اگر بکتب فقه اسلامی مراجعه کنیم، به این نتیجه میرسیم که نظریهٔ ترجیح دلائل بقاعدهٔ عمومی «البینة علی المدعی ــ دلیل بردوش خواهان است» برمیگردد. ولی فقها دراین مورد بحثهای درازی نموده ومثالهای فراوانی آورده‌اند. بطوریکه قواعد و ضوابطی از آن همه بحث وتتبع بوجودآمده که ازقدما بمتأخرین وبالاخره بمجلهٔ احکام عدلیه رسیده است واثر آنها اینست که درامر تحقیق دعاوی دست‌وپای قاضی را می‌بندد. در صورتیکه اگر قاعدهٔ برتری دلائل نبود وتطبیق حدیث «البینة علی المدعی ..» با مسائل عملیه بدانش وبینش قاضی سپرده میشد، دسترسی به‌حق وعدالت آسان‌تر واین عمل به‌روح سنت نزدیکتر میبود.

اکنون بایددانست که راههای عمدهٔ اثبات ویاحجت‌های‌شرعی به‌سه گونه‌اند: اقرار، بینه، سوگند. وما چگونگی این حجت‌ها را با متفرعات مربوط بآنها از قبیل تناقض وقرائن بطور مختصر و کلی باذکر امثله‌ای ازمجله وبدون تعرض بذکر مسائل تفصیلیهٔ فرعی[1] نقل‌خواهیم کرد.

---

۱ــ در این مورد بکتاب سیزدهم وپانزدهم مجله رجوع شود.

# بخش دوم

## اقرار

### اثر اقرار

نیرومندترین دلیل اثبات دعوی ، اقرار مدعی علیه (خوانده) است ومعنی آن اینست که خوانده خواسته را بپذیرد ویا «بزبان خود گواهی دهد» .

اقرار الزام آور است . و بهمین معنی در المجامع[1] ومادهٔ۷۹ مجله آمده است که : «المرء مواخذ باقراره» ، (مرد باقرارخود ماخوذ میگردد) ، و دلیل آن آیهٔ کریمهٔ : «کونوا قوامین بالقسط شهداء لله ولو علی انفسکم»[2] و حدیث شریف «قل الحق ولوعلی نفسك ـ حق را بگو گرچه بزیان خودت باشد»[3] میباشد.

---

۱ـ المنافع ، ص ۳۳۱ .

۲ـ سورهٔ نساء (۴) ۱۳۵ .

۳ـ این قسمتی از حدیث «صل من قطعك ، واحسن الی من اساء الیك ، وقل الحق ولو علی نفسك ـ صله کن به کسی که از تو بریده است و نیکی کن به کسی که برتو بدی کرده است وحق را بگو ، گرچه بزیانت باشد» است که سیوطی آنرا از ابن النجار در جامع صغیر، شمارهٔ ۵۰۰۴ نقل کرده است .

برای صحت اقرار لازم است که اقرار کننده خردمند وبالغ ومختار ورشید باشد . پس اقرار مکره و صغیر و دیوانه ودیگرمصادیق محجور علیهم صحیح‌نیست.

درموارد حقوق‌خصوصی یاحقی که متعلق بیکی از افرادجامعه است ، رجوع از اقرار پذیرفته نیست ولی در حقوق حدود ، از قبیل حد زنا و شرب خمر ، که از حقوق الهی است و برای کسی درآن حقی نیست بنظر جمهور حقوقدانان اسلامی میتوان از اقرار رجوع کرد . دلیل‌این مطلب‌حدیث نبوی: «ادرؤ الحدود بالشبهات ـ حدود را در زمینهٔ وجود شبهه ، برانید»[1] است ولی برخی از فقیهان از جمله پیروان مذهب ظاهری در امور کیفری نیزرجوع از اقراررا بی‌اثر میدانند وحدیث مزبور را صحیح نمیدانند و می گویند این قولی است که فقط از ابن مسعود و عمر نقل شده است[2].

دیگر اینکه بنابرآنچه در قواعد المجامع[3] آمده است : «اقرار نسبت بغیر سرایت نمیکند» . ومعنایش اینست که اقرار دامنگیر کسی‌جز اقرار کننده نمیشود برخلاف بینه که دامنگیر دیگران نیز میشود . و بطوریکه در قواعد الاشباه[4] و نیز در مجله‌آمده است « بینه حجتی است که بدیگران نیز تجاوز میکند ولی اقرار از شخص اقرارکننده پا فراتر نمی‌نهد» ـ مثلا اگر خوانده‌ها متعدد باشند و یکی از آنها اقرارکند ودیگران در حال انکار بمانند ، اقرار فقط نسبت به‌شخص مقر نافذ است . ولی چنانچه خواهان دعوی خود را با گواه ثابت کند همهٔ خواندگان را فرا میگیرد .

---

۱ـ بنقل سیوطی از کامل‌ابن عدی . رك، به‌الاشباه والنظائر ، ص ۸۴ .

۲ـ رجوع شود به‌المحلی از ابن حزم ، ج ۸ ، ص۲۵۲ـ۲۵۳ .

۳ـ المنافع شرح المجامع ، ص ۳۱۳ .

۴ـ الاشباه از ابن‌نجیم ، ص ۱۰۱ .

**آیا اقرار تجزیه پذیر است ؟**

اقرار گاهی کامل و موافق با خواستهٔ خواهان است ، و گاهی « موصوف » و زمانی «مرکب» میباشد[۱].

اقرارموصوف آنست که پس‌از اقرار بخواسته بیان دیگری‌را بر آن بیافزاید و نتیجهٔ حاصله را دگر گون سازد ، مثلا خوانده به بستانکاری خواهان اعتراف کند وهمچنین اضافه نماید که دین مؤجل بوده وهنوز وقت ادای آن فرا نرسیده است . اقرار مرکب بهنگامی است که‌خوانده کار دیگری را که با مورد اقرار مرتبط است بـاقرار خود بیافزاید ، مثلا بگوید بدهی داشته ولی آنرا پرداخت کـرده است و یا خواهان او را از پرداخت بدهی بری ساخته است . آیا در چنین موارد همهٔ گفتار خوانده رویهم‌رفته در نظر گرفته میشود یا اقرار او تجزیه میگردد وبآنچه بزیـان اوست محکوم میشود و از او خواسته میشود تا ازعهدهٔ اثبات قسمت اضافی برآید ؟

در پاسخ این پرسش دو نظریه وجود دارد . نظریهٔ نخست از حنفی و مالکی مذهبان[۲] است که قائل بتجزیهٔاقرار هستند بنابراین مقر ، بهایفای خواسته ملزم‌میشود

---

۱ـ حقوقدانان امامیه اقرار را وقتی صحیح دانسته‌اند که منجز هم باشد . رك،شهید ثانی شرح‌لمعه‌کتاب الاقرار . اما درکیفیت و شقوق تعلیق‌بحثهای فراوانی‌است ومجرد تعلیق موجب بطلان اقرار نمیشود ، در مسألهٔ فوق یعنی در تعقیب اقرار بآنچهٔ منافی بـا آنست دو صورت میتوان فرض‌کرد : اول اینکه دو جزء اقرار کاملا متناقض ومختلف الاثر باشند ، در این صورت مقر باقرار اول‌خود مأخوذ است وجزء دیگر چنانچه مستند بدلیل نباشدمحکوم ببطلان است . دوم اینکه جزء دوم قید یا وصف و یا حالتی را بیان نماید و یا استثنائاتی را ذکرکند ، دراینصورت برخی بهمان قول اول رفته‌اند ولی‌غالباً براین‌قائلندکه چنین‌اقراری قابل تجزیه نیست وباید جزئی از اقرار شمرده شود. مترجم

۲ـ الاختیار شرح المختار از موصلی (ج ۲، ص ۲۵) ، والبدائع (ج ۷ ، ص۹۰۸) وشرح مختصر سیدی خلیل از عبدالله خرشی (ج ۴ ، ص ۳۰۷ و ۳۰۹).

ونسبت به‌مازاد بعنوان خواهان تلقی میگردد . پس اگر خوانده ببدهی اقرار کند ولی مدعی پرداخت آن گردد یا مدعی شود که زمان پرداخت آن هنوز فرا نرسیده است در اینصورت بدهی او از راه اقرار ثابت است ونسبت به ایفا و تاجیل در حکم مدعی است وباید از عهدهٔ اثبات آن برآید .

پیروان نظریهٔ دوم اقرار را تجزیه ناپذیر میدانند پس اگر خوانده‌ای به بدهکار بودن‌خود اقرار کرد ولی آنرا مدت‌دار اعلام نمود ، پیش‌از سپری شدن‌مدت مجبور بپرداخت آن نیست . وبطوریکه ابن قیم میگوید : «اقرار او با وصف معینی همراه بوده است و الزام او ، بدون توجه به‌وصف مزبور مانند الزام‌خوانده بچیزی است که اقرار بدان نکرده است » .

و از حمادبن سلمه نقل شده است که کسی ادعا کرد که از دیگری مبلغ هزار درهم طلب دارد و دلیلی‌برای اثبات این ادعا نداشت پس شکایت به‌عبدالملك‌بن یعلی قاضی بصره بردند وخوانده پس از اقرار باصل بدهی گفت آنرا پرداخته‌ام . خواهان بآن قسمت از سخن‌او که مشتمل براقراربود تمسك‌جست واز بقیه‌صرفنظر کرد . قاضی عبدالملك گفت : « اگر میخواهی به همهٔ گفتار او تمسك کن و اگر میخواهی از همهٔ آنها صرفنظر کن» .

قول مختار در مذهب حنبلی ومذهب ظاهری[1] ومعظم قوانین‌جدید مانندآئین دادرسی مدنی لبنان (در دو مادهٔ ۲۲۶ـ۲۲۷) وقانون تنظیم دادگاههای شرعی لبنان (مادهٔ ٤٤) وقانون بینات سوریه ( مادهٔ ۱۰۱ ) بر تجزیه ناپذیر بودن اقرار است . واین نظریه‌ای موجه و عادلانه است . چه ، اگر بستانکار بطلب خود برسد ودوباره آنرا ادعا کند وبدهکار دلیلی برپرداخت نداشته باشد و ببدهی وپرداخت آن اقرار

---

۱ـ المغنی از ابن‌قدامه (ج ۵ ، ص ۲۸۵) والمحلی از ابن‌حزم (ج ۸ ، ص ۵۰ و ۲۵۲ و ۲۵۴) واعلام الموقعین (ج ۳ ، ص ۳۱۷ و ۳۲۳) .

کندطبق نظریهٔ اول بایدباردیگرهمان بدهی را بپردازد. بنابراین، باید دروغ بگوید و اصل دین را انکار کند تا دعوی بلحاظ عدم اثبات دین منتفی شود. در حقیقت نظریهٔ تجزیه پذیر بودن اقرار مایهٔ تشجیع دروغگویان میشود وراستگویان را تحت تعقیب و پیگرد قرار میدهد.

در مذهب شافعی گفتارها، در این مورد، مختلف است وغزالی درمورد اقرار بدین و ادعای تاجیل آنرا غیرقابل تجزیه ولی درمورد ادعای ایفاء آنرا تجزیه پذیر دانسته است.[۱،۲]

---

۱ـ کتاب الوجیز و شرح آن فتح العزیز از رافعی (که همراه باشرح المهذب چاپ شده است، ج ۱۱، ص ۱۶٤).

۲ـ نظریهٔ غزالی خیلی نزدیك به نظریهٔ علمای امامیه است که شرح آن گذشت. مترجم

# بخش سوم

## بینهٔ شخصی

### حد پذیرش این دلیل

بینه در لغت مؤنث بین بمعنی روشن و آشکار وفاصل وقاطع‌است ودر اصطلاح بمعنی «حجت ودلیل نیرومند»[1] بکار رفته است. چه ، «حق را روشن و آشکار میسازد». ودر حقوق امروز بهمین معنی بردوبخش تقسیم میگردد : بینهٔ‌خطی ، و بینهٔ شخصی. ولی در کتابهای فقهی بینه بر نوع دوم یعنی گواهی گواهان اطلاق شده است .

گواهی گواهان دربسیاری از قوانین بدون تردید وقید پذیرفته نشده است. چه‌بیم آن‌میرود که فراموشی گواه ، یا کتمان گواهی . یا گواهی آمیخته‌بدروغ بسبب دوستی ، یا گول‌خوردن، یارشوه گرفتن[2]، درمیان باشد. از اینرو قوانین درپذیرفتن بینهٔ شخصی سختگیریهائی کرده است ودسته‌ای‌از قوانین استفاده ازبینهٔ شخصی را در امور مدنی بطور کلی روا ندانسته‌است ، مگر دربرخی‌از موارد استثنائی . ودسته‌ای دیگر آنرادر کلیهٔ‌احوال‌پذیرفته‌است‌ولی‌برای گواهان‌حدنصاب‌معین کرده‌وشماره‌و‌تعداد

---

۱ــ این تعریف مجله در مادهٔ ۱۶۷۶ میباشد .

۲ــ لوزایل میگوید: *Qui mieux abreuve mieux preuve (Inst. cout, liv.V,tit.V)*

آنرا مشخص نموده است .

غالب قوانین امروزی جزو دستهٔ اول بشمار میروند که بینهٔ شخصی را درامور کیفری بدون هیچگونه قید پذیرفته‌اند. ولی درامورحقوقی ازقبول آن سرباز زده‌اند مگر در برخی ازاحوال استثنائی . آئین دادرسی مدنی لبنان بینهٔ شخصی را در قبال سند نوشته و همچنین در مواردیکه میزان خواسته بیش از پنجاه و پنج لیرهٔ لبنانی[1] باشد، نپذیرفته‌است، مگر درچندحالت استثنائی محدود[2]. درشریعت اسلام ، بنابرأی مختار نزد جمهور فقیهان ، استفاده از بینهٔ شخصی و شهادت در کلیهٔ احوال جائز است ولی در حد نصاب و عدد آن در مذاهب گوناگون اختلاف نظر وجود دارد.

دانشمندان اسلامی چنین توضیح داده‌اند که «شرط عدد در گواهی امری است تعبدی وغیرقابل قیاس چه برتری راستی... باعدالت است نه باعدده»[3] واینك مراتب گواهی را بطور اختصار شرح میدهیم و بهذکر مطالب عمده قناعت می‌ورزیم .

**مراتب گواهی**

اول ـ گواهی چهار نفر

تمام مذاهب معتقدند براینکه نصاب گواهی در حدزنا شهادت چهار مرداست. بشهادت آیات شریفهٔ : «الذین یرمون المحصنات ثم لم یأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم

---

۱ـ در مادهٔ ۵۳ و ۲۴۱ . این مبلغ در مادهٔ ۸۰ آئین دادرسی مدنی عثمانی ده‌لیرهٔ عثمانی تعیین شده است . وبمادهٔ ۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه نیز رجوع شود .

۲ـ مادهٔ ۲۴۲، قبول بینهٔ شخصی را در امور تجاری ودر افعال مادی و قهری (غیر ازعقودوایقاعات) وبمنظور تقویت‌وتوضیح بینهٔ‌خطی(اگر بینهٔ خطی‌مبهم‌باشد) وبهنگام‌فقدان‌وعدم دسترسی به بینهٔ خطی و غیر ممکن بودن تحصیل آن ، جایز دانسته است .

۳ـ شرح‌الکنز از زیلعی، ج ۴ ، ص ۱۱۲ .

با آغاز پیام آوری محمد بن عبدالله (ص) شروع شد و در سال ۶۳۲ م. بارحلت آن حضرت بپایان رسید. در این دوره کتاب یعنی قرآن کریم مصدر قانونگذاری بود. قرآن بمنظور راهنمائی بشریت از سوی پروردگار در مدت دو سال واندی بصورت وحی به‌پیغمبر رسید که قریب‌دوازده سال از این مدت پیش از هجرت در مکهٔ‌مکرمه وباقی پس از هجرت در مدینهٔ منوره اتفاق افتاد.

در این دوره علاوه بر منبع اساسی مذکور در امر قانونگذاری از «سنت پیغامبر» یعنی قول وفعل وتقریر او (ص) نیز استفاده میشد.

قرآن و سنت پایه‌های دین و شریعت اسلام را وضع کردند و مبادی ایمان و عبادات وقواعد دعوت‌اسلامی و نظام‌خانوادگی ومعاملات‌وقوانین کیفری‌رابیان‌نمودند ومهمترین این مبادی بقرار زیر است:

۱ـ نظام‌مشورت در حکم، و ضرورت تقید حاکم اسلامی به مراعات مصالح عمومی و نصوص قانونی.

۲ـ امر به‌دادگری ونیکوکاری و برابری وبرادری انسانی.

۳ـ منع از جنگ‌های تجاوز کارانه و جواز جنگ‌های دفاعی و کوشش در سازش و آرامش.

٤ـ بهبود وضع زنان ومحجوران.

٥ـ آزادی مالکیتهای فردی ولزوم وفا به عقدها و منع از نیرنگ و خدعه در معامله.

٦ـ فرق گذاشتن میان حق الله یا حق عمومی، و حق خصوصی و شخصی در امور کیفری.

این‌بود برخی ازنوآوریهای اسلام درمبادی حقوق عمومی که برعادات‌قدیمی عرب افزود وتردیدی نیست که بحث مفصل آنها از موضوع کتاب ما خارج است.

ثمانین‌جلدة» ، «لولاجاءواعلیه باربعة شهداء فاذ لم یاتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الکاذبون» ، « واللاتی یأتین الفاحشةمن نسائکم فاستشهدوا علیهن اربعةً منکم...»[۱].

علت سختگیری در این قضیه ، برای احتیاط در حفظ آبروی مردم است و شهادت زنان در این خصوص پذیرفته نیست مگر بنابروایتی که ازحماد و عطاء شده است وبموجب‌آن گواهی سه مرد و دو زن را دراین امور جائز دانسته‌اند . همچنین داود ظاهری گواهی دو زن را بجای یك مرد پذیرفته‌است وبنظر او با گواهی هشت زن حد زنا ثابت میگردد[۲،۳] . حسن بصری قتل را بزنا همانند کرده و گفته است که اثبات آن باچهار گواه است[۴].

دوم ـ شهادت سه نفر

امام احمدبن حنبل میگوید اگر کسی بـه دارا بودن شناخته شود و ادعای اعسار کند باید سه نفر گواه برای اثبات ادعای خود اقامـه کند و استناد او بحدیث قبیصةبن مخارق[۵] است .

سوم ـ گواهی دو مرد[۶]

---

۱ـ سورهٔ نور (۲۴) ۴ و ۱۳ ، سورهٔ نساء (۴) ۱۵ .

۲ـ فقیهان امامیه زنای محصنه را باگواهی سه مرد و دو زن عادل و زنای غیرمحصنه را باگواهی دو مرد و چهار زن عادل قـابل اثبات دانسته‌اند . رك ، بـه‌شرح لمعه ، کتاب الشهادات ، فصل دوم . مترجم

۳ـ المغنی (ج ۱۰ ، ص ۱۷۵) ، والمحلی (ج ۹ ، ص ۳۹۵) .

۴ـ المغنی ، ج ۱۲ ، ص ۶ به‌بعد .

۵ـ الطرق الحکمیة فی‌السیاسة الشرعیة از ابن قیم جوزیه ، ( مصر ، ۱۳۱۷ ه ) ، ص ۱۴۴ .

۶ـ گواهی دو مرد نزد فقیهان امامیه برای اثبات کلیهٔ امور غیر مالی بسنده است . مترجم

گواهی دو مردیکه حائزهمهٔ صفات وشرائط شرعی مطلوب باشند برای اثبات کلیهٔ قضایا بعقیدهٔ همهٔ مذاهب کافی است . بدلیل آیات شریفهٔ : « شهادة بینکم اذا حضراحدکم الموت اثنـان ذوعدل منکم او اخران من غیر کم» ، «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف اوفارقوهن بمعروف واشهدوا ذوی عدل منکم واقیموا الشهادة لله...»[1] که در مورد وصیت و طلاق است و نیز به استناد حدیث شریف « شاهداك او یمینه ــ دو گواه تو یا سوگند او »[2] در همین مورد .

گواهی دو مردعادل نزدهمهٔ فقیهان اسلام برای اثبات کلیهٔ اتهامات جزائی، جز زنا ، ضروریست و بعقیدهٔ مالك و احمد بن حنبل برای اثبات دعاوی غیر مالی از قبیل ازدواج وطلاق وغیره نیز کافی است . ودرامور مذکور گواهی زنان پذیرفته نیست مگر بموجب نظریهٔ عطا و حماد ومذهب ظاهری بشرحی که گذشت[3] .

چهارم ــ گواهی دو مرد یا یك مرد و دو زن[4]

این نصاب شرعی را قرآن کریم در مورد تنظیم سند بدهکاری مدت دار بیان داشته است : « . . . و استشهدوا شهیدین من رجالکم فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان»[5] .

چنین گواهی را فقها در امور مالی مانند بیع وقرض وغصب وبدهی‌ها متفقاً

۱ــ مائده (۵) ۱۰۶ ، وطلاق (۶۵) ۲ .

۲ــ در صحیح بخاری روایت شده است . رجوع شود به‌شرح عینی ، ج ۱۳ ، صفحهٔ ۲۴۳ و ۲۴۸ .

۳ــ بدایة المجتهد از ابن‌رشد (ج ۲ ، ص ۳۸۵) ، و المحلی از ابن‌حزم و المغنی (ج ۱۲) در محلهای مذکور ، وشرایع الاسلام (چاپ تبریزی ، ۱۳۲۵ ه ، ص ۳۳۴) .

۴ــ گواهی دو مرد یا یك مرد و دو زن ویا یك‌مرد وسوگند مدعی‌ویا دو زن سوگند مدعی‌نزدجمهورفقیهان‌شیعهٔ امامیه برای اثبات امور مالی از هر قبیل که‌باشدکافیست . مترجم

۵ــ سورهٔ بقره (۲) ۲۸۲.

پذیرفته‌اند . ومذهب حنفی آنرا در جمیع امور مدنی اعم از حقوق مالی وغیرمالی (مانند زناشوئی وطلاق) قبول کرده‌است ولی بطوریکه گفتیم درحقوق‌الله یعنی‌مسائل جزائی و امور مربوط به اجرای حدود کفایت آن مورد تأیید قرار نگرفته است و مجله نیز نظریهٔ مذهب حنفی را پذیرفته است (مادهٔ ۱۶۸۵) .

میان مذهبهای اسلامی تنها مذهب اهل ظاهر گواهی یك‌مرد و دو زن را در تمام امور مدنی و کیفری (جز مورد زنا) برای اثبات دعاوی کافی دانسته است[۱].

پنجم ـ گواهی یك مرد با سوگند خواهان

این چنین گواهی در مذهب حنفی و بنظر امام اوزاعی ولیث از اصحاب مالك پذیرفته نیست . ولی در دیگر مذاهب همچنین به‌نظرحقوقدانان دیگر درامور مالی باستناد سنت پذیرفته ومقبول است . چه روایت شده است که پیامبر با گواهی‌یك‌نفر گواه وسوگند خواهان برصدق دعوی خود[۲] قضاوت کرد . ابوبکر صدیق و علی‌بن ابیطالب وعمربن عبدالعزیز نیز براین روش قضاوت کردند .

ولی مخالفان این نظریه میگویند که قرآن کریم بگواهی دومرد یا یکمرد و دو زن تصریح کرده است وقضاوت منقول از پیغمبر در مورد قضاوت به شهادت یك گواه و سوگند مدعی خبر واحد است و خبر واحـد نمیتواند نـاسخ نص قـرآن باشد .

---

۱ـ راجع به‌تمام این مطالب به‌مراجعی‌که قبلا ذکر شد مراجعه شود.

۲ـ آنرا مالك در الموطأ (شرح‌آن تنویر الحوالك ، ج ۲ ، ص۱۰۸) وشافعی در مسند خود ( حاشیهٔ الام ج ۶ ، ص ۱۵۶ ) ومسلم در صحیح خود (ج ۵ ، ص ۱۲۸) واحمد بن حنبل وصاحبان سنن چهارگانه والدارقطنی و دیگران روایت‌کرده‌اند . مراجعه شود به نیل الاوطار (ج ۸ ، ص ۲۸۵) وشرح عینی بربخاری (ج ۱۳ ، ص۲۴۴ به‌بعد) وشرح‌نووی برمسلم (ج ۱۲ ، ص ۴) .

**گواهی زنان**

از حقایق مسلم است که تجربهٔ زنان در امور زندگی عملی از مردان کمتر است. و از قدیم نیز چنین بوده است. برخی از شرایع، از جمله شریعت یهود[۱]، مطلقاً گواهی زنان را نپذیرفته‌است، و برخی‌نیز با احتیاط ودرموارد استثنائی‌شهادت زنان را پذیرفته‌اند. در برخی از کانتون‌های سویس در اوائل قرن نوزدهم قانونی بود که بموجب آن گواهی‌دو زن بجای گواهی یك مردمعتبر شمرده میشد. وقانون قدیم فرانسه گواهی زن‌را با گواهی مرد برابر نمیدانست[۲]. قانون‌ناپلئون نیز پیش از تعدیلهائی که در اواخر قرن گذشته در آن راه یافت، در وصیت وبرخی‌دیگر از احوال شخصی فقط شهادت مردان را می‌پذیرفت[۳].

علاوه برنا آزمودگی عملی زنان، زن عرب‌بدوری ازمردان نیز متصف بود، ومذهب اسلام بدین نکته نیزتوجه داشت ودر اموریکه اصولامردان ازآن بی‌اطلاع هستند گواهی زنان را معتبر شمرد ودر امور اقتصادی که عادةً دخالت واطلاع زنان کمتر از مردان است گواهی دو زن‌را بمنزلهٔ گواهی یك مرد دانست ودرآیهٔ کریمه برای تشویق به‌تنظیم مسند در بدهی‌های مدت‌دار چنین آمده است: «فان لم‌یکونا رجلین فرجل و امرأتان ممن ترضون من‌الشهداء ان تضل احداهمافتذکر احداهما الاخری»[۴] این اندازه اعطاء حقوق به‌زنان بامقایسهٔ وضع آنان درجاهلیت، دورانی

---

۱ـ کتاب المقارنات از سید محمد حافظ صبری، مادهٔ ۵۱.

۲ ـ در خصوص این مثالها و مثالهای دیگر بـه طرح پیشنهادی دکتر الفرد تابت: «بینهٔ شخصی درقانون عثمانی» (*La preuve testimonial en droit ottoman*) رجوع شود. چاپ لیون، ۱۹۲۷، ص ۲۹-۳۱.

۳ـ مادهٔ ۳۷ و ۹۸۰ از همـان قانون، قبل ازتعدیل‌آندو ماده بوسیلهٔ قانون مصوب ۷ کانون اول سال ۱۸۹۷.

۴ـ سورهٔ بقره (۲) ۲۸۲.

که‌دختران‌را زنده‌بگور میکردند وزنان ازغالب‌حقوق مدنی مانند ارث وغیره‌محروم بودند، پیشرفت قابل ملاحظه‌ای بود.

در گذشته‌چگونگی گواهی زنان‌را بهمراهی گواهی‌مردان واختلافات موجود در مذاهب را دراین باره بررسی کردیم واکنون به‌مواردی که شهادت زنان به‌تنهائی درآنها معتبر است می‌پردازیم.

در حدیث شریف آمده است که: «شهادة النساء جائزة فی‌مالایستطیع‌الرجال النظر الیه ـ شهادت زنان در مواردی جایز است که مردان نمی‌توانند شاهد وناظر آن باشند»[1]. وعدهٔ مذاهب براین امر اتفاق دارند و مجله میگوید: «گواهی‌زنان در حقوق مالی، فقط در مواردی که‌برای‌مردان اطلاع بر آن ممکن نیست، پذیرفته میشود» (مادهٔ ۱۶۸۵). از جملهٔ این موارد زایمان وعیوب زن و چیزهائی از این قبیل است، همچنین رضاع نزد جمهور فقیهان بجزحنفیان[2].

در موارد مزبور در نصاب گواهی زنان نیز اختلاف نظر وجود دارد و حنفیه وحنبلیه به‌پیروی از پیامبر اسلام که گواهی یك زن قابله را درامور ولادت[3] پذیرفته

۱ـ زیلعی آنرا در شرح‌الکنز، ج ۴، ص ۲۰۹ ذکر میکند.

۲ـ در مذهب جعفری اموری که اطلاع مردان در آنها غالباً مشکل است بگواهی چهار زن ویادومرد (بفرض‌بودن) وبنا بقولی یك مرد و دو زن ثابت میشود مانند امر زایمان و ولادت وعیوب زن ونیز حیض و رضاع، بنا براقوی، و وصیت بمال وغیر آنها. و بنابرأی مشهور دانشمندان حقوقی شیعه در مورد میراث نوزاد و وصیت بمال، اگر یك زن گواهی‌دهد که نوزاد زنده بدنیا آمده ویاکسی وصیتی بمال دربارهٔدیگری کرده‌است در اینصورت، یك‌ربع سهم‌الارث ویاموصی به ثابت میشود ودر صورت گواهی دو زن نصف‌آنها، و در صورت گواهی سه زن، سه چهارم آنها و بطوریکه گفتیم با چهار زن تمام آنها اثبات پذیرند. رك، شرح لمعه، کتاب‌الشهادات، وتبصرهٔ علامه، کتاب القضاء و الشهادات. مترجم

۳ـ آنرا زیلعی نیز در محل مذکور بیان میکند.

وباستناد بدادرسی علی‌بن‌ابیطالب وشریح قاضی و سایرین که شهادت یك زن را کافی شمرده‌اند . ولی در دیگر مذاهب گواهی دو نفر زن لازم است ومالك آنرا ، مگر در برخی از موارد استثنائی[۱] با گواهی مردان قیاس کرده است . ونصاب گواهی‌نزد عثمان بتی سه زن وبعقیدهٔ شافعی چهار زن است . شافعی در مسند خود بوسیلهٔ عطاء ازپیغمبر روایت میکند که گفت: «فی‌شهادةالنساء علی الشیئ من امر النساء لایجوز فیه اقل من اربع ـ نصاب‌شهادت‌زنان درموردی از امور ایشان‌جایز نیست که کمتر از چهار (زن)باشد»[۲]. در دیگر احوال که مردان نتوانند بر آن اطلاع حاصل کنند ، امام مالك گواهی دو زن را با سوگند خواهان در قضیه‌های مالی جائز دانسته و این نیز یکی از دو نظر مذهب حنبلی است . همچنین از عمر بن خطاب و علی بن ابیطالب و قاضی شریح روایت شده است که در مورد طلاق و کابین زن و غیر آنها بگواهی چهار زن ترتیب اثر داده‌اند . وبطوریکه دیدیم در مذهب‌اهل ظاهر گواهی دوزن بمنزلهٔ گواهی یك مرد در تمام امور پذیرفته میشود[۳].

**گواهی یك مرد**

هرگاه گواهی یك مرد با سوگندخواهان تقویت شود به‌شرحی که قبلا بیان شد ، درامور مالی‌نزد برخی ازپیشوایان پذیرفته است . ولی بنابرأی مختارچنانچه خواهان سوگند نخورد ، شهادت یك مرد به‌تنهائی مقبول نیست و سبب‌آن ترس از گواهی دادن بدروغ ونیز کوشش در صیانت حقوق واموال مردم است از تضییع .

---

۱ـ تفضیل این اقسام را در تبصرة الحکام ، ج ۱ ، ص ۲۴۰ مطالعه‌کنند .

۲ـ مسند شافعی ، در حاشیهٔ الام ، (ج ۶ ، ص ۲۵۳) .

۳ـ القوانین‌الفقهیه (ص ۳۱۰)، و المحلی (ج ۹ ، ص۳۹۷ به‌بعد)،والمغنی (ج۱۲، ص ۱۵) ، والطرق الحکمیه (ص ۱۳۷ و ۱۴۱) .

این امر در برخی از شرایع قدیم مانند قانون روم[۱] وقانون کلیسا و قانون قدیم فرانسه[۲] نیز چنین بود یعنی گواهی یك مرد را مردود می‌شمردند ویا بانهایت احتیاط آنرا می‌پذیرفتند، و از اینرو بسیاری از قوانین امروزی بینهٔ شخصی را در امور مدنی بجز در احوال استثنائی، دلیل کافی نمی‌شماردودر اثبات‌حکم در امورمهم تعدد گواهان‌را برای‌صدورحکم لازم میداند، مانند قانون انگلستان که برای اثبات بزه خیانت بزرگ[۳] گواهی دو گواه را شرط میداند. با وجود این مـذهب حنفی گواهی یك مرد را در امور استثنائی، از قبیل ولادت، کافی دانسته است. پذیرش گواهی مرد در این قبیل موارد از راه اولویت‌است. چه، بطوریکه دیدیم، در این قبیل از امور گواهی یك زن نیز کافی مینمود[۴]. همچنین است گواهی یك‌آموزگار در کارهای مربوط بکودکان[۵] و گواهی یك کارشناس در ارزیابی آنچه کـه ضایع و تلف شده است ونیز گواهی یك مرد درتزکیه وجرح گواهان ودرخبر دادن ازعزل وکیل وعیب مبیع و مواردی دیگر از این‌قبیل[۶].

---

۱ـ دیژستا ( *D. liv. XXII, tit. 5, fr. 12* )، وکـورکس ( *C. Iv, tit. 20,1,9* ).
*Ut unius testimonium nemo judicum in quaecumque causa facile patiatur addmitti*
وبا این مثال لاتینی آمده است : *Testis unus testis nullus* مقایسه شود.

۲ـ رك، به‌کتاب قانون مدنی فرانسه از پلانیول ( ج ۲، شماره ۱۱۰۵ ) و طرح پیشنهادی دکترتابت (ص۱۱۰) وکتاب الزامات ازپوتیبه( *Pothier, oblig no. 783* ) وکتاب بینات از بونیه ( *E.Bonnier, Traité des preuves* ) چاپ پاریس، ۱۸۸۸، ص ۳۰۳ ببعد.

۳ـ کتاب هاریس، قانون کیفری ( *Harri's principles and practice of the criminal law* ) لندن، ۱۹۲۹، ص ۳۶.

۴ـ از زیلعی در مخل مذکور.

۵ـ الدرالمختار (ج ۲، ص۳۴۴) نقل از قهستانی وبرجندی.

۶ـ ابن وهان در منظومة الوهبانیه ( که در حاشیهٔ المحبیه‌بسال ۱۲۹۶، چاپ *

واز همین قبیل است قول مترجم که به کمك آن دادرس از سخنان طرفین دعوی ویا گواهانی که بزبان رسمی آشنائی ندارند ، مطلع میشود . در قواعد کلی الاشباه و النظائر[1] و مجله صراحت دارد که : « گفتار مترجم بطور مطلق پذیرفته میشود » (مادهٔ ۷۱ ) و بنظر ابوحنیفه و ابویوسف و امام مالك ترجمهٔ تنها مترجم عادل کافی است . ولی بنظر محمدبن حسن شیبانی ودیگر پیشوایان ، بنا به ارجح روایات منقول از ایشان ، ترجمه نیز مانند گواهی وشهادت است وقول یك مترجم پذیرفته نیست[2].

فقیهان حنفی براین نظر رفته اند که نصاب گواهی امری است تعبدی و برخلاف قیاس، ونیز آنچه مایهٔ ترجیح میشود عدالت گواه است نه تعدد او[3] یعنی ارزش شهادت باشخصیت شاهد و میزان عدالت او سنجیده میشود ، ولذا فزونی گواه ، نزد آنان ، باعث برتری دلائل بشمار نمیآید وبطوریکه در بحث آینده خواهیم دید حنفیان صدور حکم را بمقتضای قرائن احوال عرفی تجویز کرده اند .

همچنین اشاره بدین نکته لازم است که عده ای از فقیهان اسلام گواهی یك مرد راستگو را کافی برای اثبات دانسته اند . و ابن قیم جوزیه یکی از این فقیهان است که میگوید : «حقیقت این است که هر آنچه حق را آشکار کند ، بینه شمرده

---

* شده است ، ص ۶۱) یازده مورد یاد میکند وابن نجیم مورد دیگری بر آن میافزاید (الاشباه ص ۸۸) وعلی حیدر (درشرح مادهٔ ۱۸۲۵ مجله) به نقل از ابو سعود پانزده مورد ذکر میکند. برای اطلاع از برخی از این موارد بنظر مالکیان بکتاب تبصرة الحکام ، ج ۱ ، ص ۲۳۱ به بعد رجوع شود .

۱ــ از ابن نجیم ، ص ۵۱ .

۲ــ تفسیر این موضوع در الخانیة (در حاشیهٔ هندی ، ج ۲ ، ص ۳۷۸) و شرح عینی بر بخاری (ج ۲۴ ، ص ۲۶۶) ونیل الاوطار ( ج ۸ ، ص ۲۳۴ ) و تبصرة الحکام ( ج ۱ ، ص ۲۳۷) آمده است.

۳ــ زیلعی ، ج ۴ ، ص ۲۱۲.

میشود وچنانچه حقی بطریقی از طرق آشکار شود خداوند و پیامبر او بدان بی‌اعتنا نمی‌مانند وجز به‌مقتضای آن حکم نمیکنند. پس حق بهر صورت و از هر راهی که تجلی کند، تنفیذ واجرای آن‌واجب وتعطیل وابطال آن حرام است[۱].»

باز میگوید: «هر گاه دادرس، البته در غیر امور کیفری، براستی و صدق گفتار یك گواه مرد پی‌ببرد جایزاست که بمقتضای آن‌رأی صادر کند. زیراخداوند بر دادرسان واجب ننموده است کــه بگواهی دو گواه حکــم کنند، بلکه حقدار و خواهان را دستور داده است که برای حفظ حق خود دو نفر مرد یایك مرد و دوزن را بر آن گواه بگیرد. و این دلیل نیست که قاضی نتواند بکمتر ازآن حکم کند، چه پیغمبر با یك گواه وسوگند ویا فقط با یك گواه حکم‌داده است»[۲] وبعبارت دیگر «راههائی که برای کشف‌حقیقت در برابر قاضی وجود دارد وسیع‌تر از راهیست که خداوند حقدار را برای حفظ حق خود بدان راهنمائی فرموده است»[۳].

همچنین ابن‌قیم به‌این گفتار شیخ‌الاسلام ابن تیمیه استناد میکند و می گوید قرآن کریم گواهی دو گواه مرد ویا یك گواه مرد ودو گواه زن‌را از طرق ووسائل حکم قاضی نشمرده است. بلکه قرآن در مقام بیان‌این معنی است که بااین دونوع از بینه، انسان میتواند حق خودرا حفظ کند.

ابن‌قیم‌به کردارپیامبر استناد کرده است در پذیرش گواهی یك اعرابی، به تنهائی، در مورد رؤیت هلال ماه رمضان، و پذیرفتن گواهی یك نفر در قضیهٔ نهب غارتی، بنابروایت ابوقتاده، و پذیرفتن گواهی یك زن در کارهائیکه فقط زنان از

۱ـ اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۱۹۲ـ۱۹۳.

۲ـ الطرق الحکمیه، ص ۶۶ـ۶۷.

۳ـ اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۸۱.

۴ـ الطرق الحکمیه، ص ۷۰.

آنها با خبرمیشوند و اینکه گواهی خزیمه را بجای گواهی دومرد قرارداد و گفت: «من شهد له خزیمه فحسبه ـ کسی که خزیمه برای او شهادت دهد ، برای او کافی است »[۱] .

بطوریکه قبلا دیدیم فقیهان حنفی مذهب ، در خصوص قاعدهٔ : «آنچه بخلاف قیاس ثابت شود ، نمیتوان مورد دیگری را بر آن قیاس کرد» بههمین‌حدیث استناد کرده‌اند . ولی ابن‌قیم این حدیث را دلیل برقبول شاهد واحد میداند و میگوید : «این وضع مخصوص خزیمه نیست بلکه شامل کسانی امثال او وافرادی برتر از او نیز میشود. پس‌اگر ابوبکر یا عمر ویا عثمان، یاعلی یاابی ابن کعب هریك‌بتنهائی بر امری گواهی دهند ، پذیرفتن آن سزاوارتر است ...»

استدلال ابن‌قیم براین است که‌حدیث مبتنی برعلتی‌است که همان راستگوئی خزیمه است ، پس قاضی میتواند شهادت هر گواه واحد راستگوئی را بر آن قیاس کند . بعلاوه مضمون این‌حدیث مخالف قرآن نیست، بلکه دیگر مواردسنت‌سازگار باآنست. وبطوریکه پیشوایان بیان کرده‌اند : «سنت کتاب را تفسیر میکند و روشن میسازد ومطلق آنرا مقید میکند . »

برخی از قاضیان اسلام که شهرت تاریخی دارند مانندشریح و زرارة بن ابی اوفی نیز بر این قول رفته وبشهادت تنها گواه ، در صورتی که صدق گفتار او معلوم شود ، حکم کرده‌اند . ابو داود نیز در کتاب سنن خود از این قول پیروی کرده است و میگوید : « هر گاه دادرس براستگوئی یك نفر گواه پی‌ببرد جایز است که بهمقتضای آن حکم کند»[۲] . همچنین ازقاضی ایاس بن معاویه (متوفی بسال ۱۲۲هـ)

---

۱ـ سند این حدیث قبلا بیان شد .

۲ـ در این موارد بهالطرق الحکمیه (ص ۷۲ و ۷۵ـ۷۸) وکتاب‌السنن از ابوداود سجستانی (چاپخانهٔ مصطفی محمد در مصر ، ج ۳ ، ص ۳۰۸ شماره ۳۶۰۷) رجوع شود .

### عصر خلفاء راشدین و اموپان

پس از وفات پیام‌آور اسلام (ص) رأی زنان از صحابه و یـاران او بمقتضای قرآن وسنت به حل وعقد قضایای اتفاقی میپرداختند و چون در موضوعی نص‌خاص نمی‌یافتند به مشورت میپرداختند و باجماع و قیاس متوسل میشدند . بنا براین دو مصدر دیگر یعنی اجماع وقیاس برمبانی قانونگذاری افزوده شد ومصادر چهارگانه حقوقی که در باب آینده بررسی خواهد شد ، بوجود آمد .

ابوبکر صدیق وعمربن‌خطاب وعثمان‌بن عفان وعلی‌بن ابیطالب به‌امرفتوی و دادرسی پرداختند . خصوصاً عمرفاروق که بزرگترین مؤسس دولت اسلامی پس‌از پیغمبر(ص) بود وتوجه‌تمام به‌حقیقت شریعت داشت وآن‌را بادوراندیشی ونیرومندی ودادگری اجرا میکرد و نظام دولت و امور اداری کشور را بر وفق اقتضاء وتغییر زمان بنظم در می‌آورد.

در عهد صحابه و تابعین برخی از آنان در شهرهای مختلف اسلامی پراکنده شدند که از معاریف آنان عبدالله بن‌عباس در مکه و زیدبن ثابت و عبدالله‌بن عمر در مدینه و عبدالله‌بن مسعود و عبدالله بن‌عمروبن عاص درمصر بودند ودرهر شهری‌فتاوی صحابه یا تابعینی که درآن میان رحل اقامت افکنده بودند رونق پیدا کرد.

در این عصر میان‌اهل‌سنت وشیعیان اختلاف پیدا شد . دسته‌اول پس‌از وفات پیغمبر بترتیب ابوبکر صدیق و عمربن‌خطاب و عثمان بن عفان را بخلافت‌برداشتند امـا شیعیان خلافت را حق علی بن ابیطالب دانستند و او را بخلافت از آن سه تن سزاوارتر و شایسته‌تر دیدند و از او پیروی کردند و شیعه (پیرو) نامیده شدند و اما اختلاف میان این دو دسته غالباًرنگ سیاسی داشت وچگونگی وتفصیل این مذاهب را در فصلهای‌آینده خواهیم دید .

در این عصر به‌فرمان ابوبکرصدیق قرآن کریم بوسیلهٔ زیدبن ثـابت جمع-

نقل شده است که تنها بگواهی عبدالعزیز بن صهیب ترتیب اثر داده است.[۱،۲]

**شروط عدالت**

بجز نصاب گواهی که بیان آن گذشت ، عدالت گواه نیز شرط است و گواهی کسی که بدروغگویی یا بدکاری و بد اخلاقی مشهور شده است پذیرفته نیست و در برخی مذاهب، از جمله در مجله تحقیق در عدالت گواه و تزکیهٔ او بطور آشکار و نهان لازم شمرده شده است.[۳،۴]

ونیز گواهی کسی بر دیگری که در امور دنیوی باهم دشمنی دارند پذیرفته نیست . همچنین است شهادت کسیکه با مشهود له (آنکه شهادت بنفع او تمام میشود) دوستی وعلاقه‌ای از قبیل خویشاوندی و استخدامی و شرکت و کفالت و امثال آنرا داشته باشد و بیم آن رود که داعیهٔ گواهی او «دفع زیان ویا جلب سود» است[۵] .

---

۱ـ المعارف از ابن‌قتیبه (ص ۲۰۷) وابن خلکان (ج ۱ ، ص ۸۱ـ۸۲) .

۲ـ هرگاه حاکم براستی گواهی گواه واحد علم پیداکند در حقیقت به مقتضای علم خود حکم میدهد نه شهادت شاهد . چنانچه ممکن است حاکم از راه دیگری نیز به‌صدق گفتار خواهان علم پیداکند و بمقتضای آن حکم دهد وفقه امامیه ، بنابرمشهور، بقاضی اجازه داده است که موافق علم خود رأی دهد . مترجم .

۳ـ مراجعه شود به مادهٔ ۱۷۱۶ و مواد بعدی . نزد ابوحنیفه وقتی تزکیهٔ گواهان ضروریست که مشهود علیه برعدالت آنان خرده بگیرد .

۴ـ در حقوق امامیه ، بلوغ وکمال عقل وایمان وعدالت و انتفاء تهمت و غیره برای گواه لازم است. رك ، شرح لمعه‌کتاب الشهادات . مترجم

۵ـ بطوریکه گفتیم یکی از صفات گواه در حقوق امامیه انتفاء تهمت است ، بهمین سبب گواهی شریك در مورد شرکت وشهادت وصی در امر ولایت خود ، و نیز شهادت دشمن دنیوی پذیرفته نیست و برخی گواهی اهل ذمه را قابل قبول دانسته‌اند . رك ، شرح لمعه ، کتاب الشهادات . مترجم .

بنابراین گواهی پدر برای پسر وشهادت پسر بسود پدر روانیست ولی شهادت آنها بزیان یکدیگر رواست . همچنین است گواهی زن وشوهر ، بریکدیگر[۱] ، فقط شافعی گواهی آندو را بسود هم جایز دانسته است[۲] .

البته شایسته است که عدالت گواه ، بطور نسبی ، مورد بررسی قرار گیرد. یعنی عدالت شاهد باید با مقایسه بمحیط و زمینهٔ اجتماع او سنجیده شود و لذا برخی از پیشوایان مالکیه بهنگام ضرورت گواهی غیر عادل را پذیرفته و همچنین شهادت مجهول العداله را در امور ناچیز وغیر قابل توجه ، قبول کرده اند[۳] .

بحث در این مورد وموارد دیگر ازقبیل پذیرش گواهی کور و کودک چون از امور تفصیلی هستند نه ازقواعد عمومی ، دراین کتاب موردبررسی قرارنگرفت[۴] .

**سوگند گواه**

در شریعت اسلام در این خصوص دو عقیده است . قول اول براین است که گواهی خود معنی سوگند را در بر دارد و گواه را نباید سوگند داد . حنفیان در کتابهای معتبر خود بر این عقیده اند .

قول دوم بر سوگند دادن بگواه است چه در این زمانه و دوران ، عدالت گواه پنهان و ناشناخته است پس باید باادای سوگند آنرا تقویت کرد . امام ابولیلی

---

۱ـ در حقوق جعفری گواهی کلیهٔ خویشاوندان له و علیه یکدیگر قابل قبول است ، فقط عده ای شهادت پسر را علیه پدر نپذیرفته اند . مترجم

۲ـ منهاج الطالبین ، ص ۱۳۵ .

۳ـ تبصرة الحکام ، از ابن فرحون ، ج ۲ ، ص ۲۱ .

۴ـ به تفصیل آن در مجله مواد (۱۶۹۶ ـ ۱۷۰۵) و شرح زیلعی بر الکنز ( ج ۴ ، ص ۲۱۷ به بعد) .

وقاضی قرطبه محمد بن بشیر ودیگران از دادرسان پیشین براین عقیده‌اند . ابن‌نجیم حنفی نیز این قول را ترجیح داده است وپیشوای مشهور حنبلیان ، ابن قیم جوزیه میگوید : «اگر قاضی بتواند بهنگام تردید و دو دلی در صحت گواهی گواهان از یکایك آنان منفرداً استماع گواهی کند پس در اینصورت مطالبهٔ سوگند از ایشان سزاوارتر است » . همچنین است در مذهب مالك ، اگر گواه در معرض اتهام باشد[1] .

مجلهٔ احکام عدلیه از قول دوم پیروی کرده میگوید: «اگر کسی که گواهی بزیان او است پیش از صدور حکم مصرانه از دادرس بخواهد تا گواهان را سوگند دهد که‌در گواهی‌خود دروغگو نیستند ، ودر آن مورد تقویت گواهی با سوگند لازم باشد،حاکم میتواند که گواهان‌را به‌ادای سوگند وا دارد، بآنان بگوید اگرسوگند بخورد گواهی شما را میپذیرم والا نه» ، (مادهٔ ۱۷۲۷) .

قوانین امروز سوگند دادن بگواه را پیش از ادای گواهی لازم میداند ودر آئین دادرسی مدنی لبنان چنین‌آمده است : «پیش‌از ادای شهادت برهر گواه واجب است که سوگند بخورد بر اینکه تمام حقیقت را خواهد گفت و جز براستی شهادت نخواهد داد . (مادهٔ ۲۷۲)[2].

---

۱ــ الطرق الحکمیه فی سیاسة الشرعیة (ص ۱۲۵ ) و قرة عیون الاخیار ، تکملهٔ رد المحتار (ج ۱ ، ص ۷۳) و شرح خرشی بر سیدی خلیل (ج ۵ ، ص ۱۸۷) و المحلی (ج۹، شمارهٔ ۱۷۸۳ ، ص ۳۷۹).

۲ــ به‌همین معنی است مادهٔ ۸۹ نظام محاکم شرعی که بوسیلهٔ تصویبنامهٔ شماره ۲۴۱ مورخ ۴ تشرین دوم سال ۱۹۴۲ صادر وبا قانون ۴ کانون اول سال ۱۹۴۶ تعدیل‌شده‌است. در محاکم سنی سوگند دادن‌شاهدرا پیش از ادای شهادت‌لازم میدانند ودر دادگاههای جعفری آنرا باختیار دادگاه سپرده است .

**تواتر**

اگر بینهٔ دو طرف باهم تعارض کنند بنا بر رأی جمهور فقیهان برتری بـا بسیاری گواهان نیست[۱] . بنـا براین مجله چنین میگویـد : « کثرت گواهان را اعتباری نیست یعنی اگر گواهان یك طرف از گواهان طرف دیگر بیشتر باشند لزومی ندارد که آنرا دلیل برتری بدانیم مگر اینکه کثرت گواهان باندازهٔ تواتر برسد» ، (مادهٔ ۱۷۳۲) . تواتر در لغت «پیاپی آمدن چیزهاست یکی پس از دیگری» و در اصطلاح نقل پیاپی خبری است از مردمی که شمارهٔ آنان باندازه‌ای باشد که بگفتار آنان علم حاصل شود[۲].

مجله میگوید : «خبر منقول از مردمی است که عقلا سازش آنان بر دروغ گفتن جایز نیست» ، (مادهٔ ۱۶۷۷) . واین تعریف در واقع برای خبر متواتر است نه خود تواتر . چه تواتر بطوریکه آمـدی میگوید ، پیاپی آمدن خبر است نـه خود خبر .

تواتر نزد فقیهان از آشکارترین بینه‌ها واز گواهی گواهان نیز قوی‌تر است[۳]. چه ، بقول مجله ، تواتر افادهٔ **علم ویقین میکند** ونمیتوان از بینه برای اثبات خلاف آن استفاده کرد(مادهٔ ۱۷۳۳) . وشرط است که تواتر در نقل خبری ممکن از راه حس وعقل باشد[۴] بطوریکه یقین حقیقی از آن حاصل شود .

---

۱ـ وهمچنین ترجیح بشهرت در عدالت نیست مگر نزد مالك . رك ، رحمة الامة فی اختلاف الائمة (بحاشیهٔ میزان الشعرانی ، ج ۲ ، ص ۲۰۶) و قوانین الفقهیه ( ص ۳۰۲ ) و شرح المنار از ابن‌ملك (ص ۲۳۳) ومنهاج الطالبین (ص ۱۳۹) والمغنی (ج ۱۲ ،ص۱۷۶) والبهجة فی‌شرح التحفة (ج ۱ ، ص۱۴۵) .

۲ـ الاحکام ازآمدی ، ج ۱ ، ص ۱۵۱ .

۳ـ الطرق‌الحکمیه ، ص۱۸۰ .

۴ـ ظاهراً اصولیون شیعه ، موضوع خبر متواتر را فقط امر حسی میدانند. مترجم

در شمارهٔ کسانیکه بتواتر خبری را نقل میکنند اختلاف شده است . و رأی مختار شمارهٔ معینی را شرط نکرده است . بلکه مخبرین باید به تواتر خبر دهند و مجله نیز از این نظر پیروی کرده ومیگوید : «جمع کثیری باشند که سازش آنان بر دروغ معقول نباشد» (مادهٔ ۱۷۳۵) .

وبنابراین در اینمورد امر بنظر قاضی واگذار شده است وچون بااین‌ترتیب احتمال میرفت که احکام متعارضی صادر شود ، لـذا « دائرهٔ فتوای شورای اسلامی عثمانی» شرط کرد که عدهٔ مخبرین نباید از بیست نفر کمتر باشد[1] وديوانعالی کشور عثمانی مقرر داشت که نباید عدهٔ خبر دهندگان از بیست و پنج نفر کمتر باشد[2].

این است حکم تواتر در مجله . ولـی عملا ، از تواتر ، سوء استفاده شد بهمین جهت استناد به‌تواتر در سوریه ولبنان بسال ۱۹۲۶[3] بـا تصویب کمیسر عالی فرانسوی ملغی گردید . وتواتر بمعنائی که گفته شد درقوانین امروزی امری‌ناشناخته است .

البته در قوانین جدید چیزی نزدیك بتواتر وجوددارد وآن گواهی مبنی‌بر شیاع و شنیدن است[4] که جز در مواردی استثنائی و نادر پذیرفته نمیشود[5]. بموجب آئین دادرسی مدنی لبنان بینه برمسموعات‌پذیرفته نیست ، مگراینکه بطوراستثنائی

---

۱ـ به‌نقل علی‌حیدر در شرح مادهٔ ۱۷۳۵.

۲ـ رجوع شود به فرمان مورخ ۱۳ ایلول بسال مالی ۱۳۰۹ در «روزنامهٔ محاکم» ترکیه ، شماره ۷۵۳ ، ص ۱۱۱۷۳ .

۳ ـ فرمان شماره ۸۲ مورخ ۲۹ کانون دوم سال ۱۹۲۶ منتشره در روزنامهٔ رسمی کشور لبنان شمارهٔ ۱۹۵۲ صادره در ۵ آذار سال ۱۹۲۶ .

۴ـ *Commune renommée , hearsay*.

۵ـ مثلا در مواد ۱۴۱۵ـ۱۴۴۲ و ۱۵۰۴ از قانون مدنی فرانسه . همچنین‌رجوع شود بکتاب بینات از بونیهٔ مذکور ، ص ۲۲۰ به‌بعد.

قانون قبول آنرا اجازه دهد مانند کیفر غفلت وبیمبالاتی یاسوء نیت ، (مادهٔ۲۵۲).
اما در مذهب مالکی شهادت سماع درموارد زیادی پذیرفته شده‌است وبنابقول‌مشهور شهادت دو گواه‌بر آن‌کافی وبسنده است[1].

**ارزیابی گواهی**

آیا دادرس پس از استماع شهادت گواهان میتواند ارزش آنـرا تعیین کند ؟ وآنرا مؤثر در اثبات دعوی بداند ؟ یا ناگزیر است کـه بمقتضای آن بصدور رأی اقدام نماید ؟ در پاسخ این مسئله دو قول وجود دارد :

قول نخست براینست که قاضی پس از استماع گواهی گواهان‌ناچار است که به‌مقتضای آن رأی دهد ونمیتواند برای‌آن تعیین ارزش کند ویادرآن تردیدنماید . بـرخی از قوانین قدیم مـانند قـانون فرانسه در قـرن هیجدهـم و آئین دادرسی مدنی سابق اتـریش[2] نیز بر این نظر بودند و بنابراین هر گـاه گواهی به نصاب قانونی برسد و برای اثبات دعوی ، فی‌حد ذاته ، کافی باشد باید قاضی برطبق آن عمل کند .

بنابر قول دوم ، گواهی وسیله‌است برای اثبات، وراهی‌است برای جستجوی حق و حقیقت و رسیدن به‌آن . پس بر قاضی است که آنرا با وجدان خود بسنجد و ارزیابی کند وچنانچه صحت‌آنرا دریافت ، بمقتضای آن حکومت کند و در غیر اینصورت‌آنرا مردودشمارد . این‌قول‌موردتأییدغالب قوانین‌جدید است‌وآئین‌دادرسی مدنی لبنان میگوید : «دادگاهی که دادرسی میکند باید ارزش گواهی‌ها را بسنجد

---

۱ـ شرح خرشی بر سیدی خلیل ، ج ۵ ، ص ۲۱۲ .
۲ـ کتاب بونیهٔ یاد شده ، ص ۳۰۳ به‌بعد.

واین ارزیابی‌قابل رجوع وتجدید نظر نیست» (مادهٔ ۲۷۸)[۱،۲]. ودرقانون دادگاههای شرعی لبنان نیز حق ارزیابی گواهی با قاضی است[۳].

اما حقوق اسلام رأئی در این میان پذیرفته‌است که قاضی طبق‌نظریهٔ نخست ناگزیر از صدور رأی بمقتضای گواهی گواهان است و پس از استماع شهادت جایز نیست در صدور رأی تاخیر کند ، مگر بهنگامیکه امیدی به‌سازش باشد ویاخواهان درخواست تأخیر کند . ولی بر قاضی است که نخست از راستگوئی گواهان مطلع شود و از اینرو برای پذیرفتن گواهی شرطهای سختی وجود دارد ، از جمله عـدالت گواه است .

همین شرط دادگری وعدالت گواه است که دادرسان‌را در رد گواهی‌بسیاری از گواهان ، بسبب بدی اخلاق وموثق نبودن گفتارشان ، آزادی و اختیار بخشیده است ، مخصوصاً که در بیشتر مذاهب اسلامی شرط شده است کـه قاضی شخصاً باید دربارهٔ عدالت گواهان ، آشکارا ونهان ، به‌تحقیق پردازد ومجله میگوید : «ازوضع گواهان چه‌آشکارا وچه نهان‌بطور مناسب‌باید تحقیق کرد، اگر گواه ازدانشجویان است باید وضع او را از استادهمان مدرسه که درآن سکونت دارد وازمعتمدان محل پرسید . . . و چنانچه گواه از بازرگانان است باید از بازرگانان معتبر وضع او را استفسار کرد ...» (مـادهٔ ۱۷۱۷) . وعلاوه بـراین ، مجمع اهل فتوای‌عثمانی[۴]

---

۱ـ قانون تعدیل بینات‌کشور اردن نیز در سال ۱۹۲۸ از این نظـر پیروی و آنرا در روزنامهٔ رسمی شمارهٔ ۲۱۱ مورخ ۶ کانون اول ۱۹۲۸ منتشر کرده‌است.

۲ـ آئین دادرسی مدنی ایران هم بر همین قول است . مترجم

۳ـ مادهٔ ۹۲ از قانون مزبورکه باقانون ۴ کانون‌اول سال ۱۹۴۶ تعدیل شده است.

۴ـ این دستور در ۲۸ جمادی‌الاولی ۱۳۳۲ هجری مطابق با ۹ نیسان ۱۳۳۰ مالیه و ۱۹۱۴ میلادی صادر ودر روزنامهٔ علمیهٔ شماره ۱ ، ص ۳۶ منتشر شد.

دادرس را موظف میداند که بهنگام تردید در راستگوئی گواهان به‌تزکیهٔ آنان در پنهان و آشکار اکتفا نکند، بلکه احوال آنـانرا شخصاً مورد بررسی قرار دهد.

گروهی از فقیهان مسلمان نیز قول دوم را پذیرفته و الزام قاضی را کـه بمقتضای گواهی حکم کند، برخلاف قیاس دانسته‌اند. چه، گواهی‌خبری است که درآن احتمال صدق و کذب میرود. وبرخی از فقیهان مانند ابن قیم جوزیه براین عقیده‌اند که قاضی باید در جستجوی حقیقت از هر وسیله استفاده کند گرچه‌شهادت یك گواه راستگو بـاشد، زیرا بینه وسیله‌ای است برای کشف حقیقتی که احقاق و تنفیذ آن واجب و ابطال آن حرام است. ابن‌نجیم نیز در کتاب اشباه براین‌عقیده است، آنجـا کـه میگوید: دادرس میتواند بهنگام تردید، صدور رأی را به‌تأخیر افکند[1] وهمین تأخیراست که تنها وسیلهٔ‌عملی برای دادرس دادگستری است‌تا گواهی گواهـان را ارزیابی کند و چنانچه راستی آنرا دریافت و اطمینان خـاطر یافت، بموجب آن حکم دهد. ودر صورتیکه قاضی همچنان در تردید ماند میتواند آنرا رد کند تا ایمان خود را بوظیفهٔ شرعی خود که بموجب آیهٔ: «واذا حکمتم بین‌الناس ان تحکموا بالعدل»[2] برعهدهٔ او نهاده شده است، ثابت نماید.

### دفاع متقابل

سؤال دیگری که پیش میآید اینست که آیا خوانده میتواند باآوردن بینه، موجبات نقض بینهٔ خواهان را فراهم کند؟ پاسخ این پرسش نیازمند بتفصیل است. بنظر جمهور فقیهان چنانچه خوانده در مقام رد دعوای خواهان و اثبات برائت ذمهٔ

۱ــ رك، به‌جامع الفصولین (ج ۱، ص۱۶) و دررالحکام شرح غرر الاحکام (ج۲، ص ۳۷۱) والاشباه والنظائر ابن‌نجیم (ص ۸۹) والطرق الحکمیه، محل مذکور.

۲ــ سورهٔ نساء (۴) ۵۸.

خود اقامهٔ بینه[1] کند ، رسیدگی بآن ضروری است ودرصورتیکه‌خوانده چنین‌بینه‌ای نداشته باشد[2] میتواندبا آوردن بینه به‌جرح گواهان خواهان بپردازد ، ارزش گواهی آنان را از میان ببرد .

معظم قوانین امروزی پا فراتر نهاده و بخوانده حق داده‌اند که در هر حال برای نقض‌بینهٔ خواهان واثبات‌خلاف آن‌میتواند اقامهٔ بینه کند . آئین دادرسی مدنی لبنان در این مورد میگوید : «ضرورتی ندارد که قرار(تحقیق‌از گواهان) بالصراحه به‌خوانده اجازه‌دهد تا برای نقض‌آن اقامهٔ بینه کند، زیرا هرتحقیقی مستلزم جواز تحقیقی در جهت مخالف اوست» ، (مادهٔ ۲۵۵) .

وبهمین جهت تحقیق در عدالت گواه که بموجب مادهٔ ۱۷۱۶ مجله ضرورت دارد در قوانین امروزی‌لازم شمرده نشده است . وقانون ۲۹ ایار ۱۹۲۹ لبنان‌آنرا در اختیار دادرس نهاده است که اگر خواست آنرا اجرا کند وگرنه از اجرای‌آن صرفنظر نماید . و اخیراً در آئین دادرسی‌مدنی لبنان این‌امربطور مطلق بردادرسان منع شد (قسمت اخیر مادهٔ ۲۷۸) .

---

۱ــ در دعوی دین یا دعوی اختلاف بر عقدی که برعین واقع شده‌است، بدین ترتیب عمل میشود ولی در دعوی استحقاق عین ، تفصیل دیگری ، بحسب اختلاف مذاهب ، دارد . رجوع شود به‌بدایة المجتهد (ج ۲ ، ص ۳۹۱) وکتاب التاج و الاکلیل لمختصر سیدی خلیل از مواق ( در حاشیهٔ الحطاب ، ج ۶ ، ص ۲۱۳) .

۲ــ مادهٔ ۱۷۲۴ مجله ، و حاشیهٔ عدوی بر شرح خرشی ( در حاشیهٔ آن ، ج ۵ ، ص ۱۵۹) .

# بخش چهارم

## سوگند

### پیشنهاد سوگند

گفتیم که دلائل شرعی عبارتند از اقرار و بینه وسوگند. پس اگر کسی بر دیگری اقامهٔ دعوی کند وخوانده در مقام انکار بر آید وخواهان از تقدیم دلیل عاجز شود، میتواند پیشنهاد سوگند به‌خوانده کند و گرنه دعوی او ردمیشود. و دلیل آن روایتی است از پیغمبر ﷺ که در موردی بخواهان گفت: «آیا بینه داری؟» پاسخ داد: «نه» پس فرمود: میتوانی پیشنهاد سوگند دهی. خواهان گفت: (خوانده) سوگند یـاد میکند ومبالاتی ندارد. پس پیامبر گفت: چیزی جز دو شاهد تو یا سوگند او در میان نیست[1].

با توجه بحدیث: «من کان حالفاً فلایحلف الا بالله ــ هر کس سوگندمیخورد پس جز بخداوند سوگند یادنکند»[2] سوگند فقط بنام‌خداوند صحیح است. سوگند

---

۱ــ المبسوط، ج ۱۷، ص ۳۰. بخاری آنرا بلفظ دیگری بیان کرده است. رجوع شود به‌شرح عینی، ج ۱۳، ص ۲۴۳ و ۲۴۸.

۲ــ سیوطی از نسائی در الجامع الصغیر، شماره ۸۹۶۶ آورده است.

آوری گردید و بار دیگر نیز درعهد عثمان‌بن عفان بسال ۶۵۰م. براساس یك قرائت ودر یك کتاب واحد جمع‌آوری شد . و اما سنت را در این عصر جمع‌آوری نکردند بلکه از سینه به‌سینهٔ راویان حدیث منتقل شد .

این دوره از تاریخ قانونگذاری اسلامی در اوایل قرن دوم هجری ( قـرن هشتم میلادی) پایان یافت .

**عصر طلائی عباسی**

این دوره از اوایل قرن دوم هجری آغاز ودرمیانهٔ قرن چهارم (دهم‌میلادی) پایان مییابد .

دراین عصر دولت اسلامی‌در کلیهٔ مراتب علمی واقتصادی درخشیدن گرفت. دانش فقه توسعه یافت ومکاتب گوناگون فقهی‌وحقوقی بوجودآمد که برخی ازآنها با از بین رفتن پیروانشان از میان رفتند وبرخی از این مذاهب پایداری نشان داده ومتدرجاً رواج یافتند و ازمذاهب سنی چهـار مکتب حنفی ومالکی و شافعی وحنبلی اشتهار پیدا کرد .

همچنین در این عصر مجموعه‌های بزرگ حدیث تدوین گردید و تفسیرهائی برقرآن نگاشته شد ودر اصول و فروع فقه تصانیف گوناگون بوجود آمد . ودرس دانش وفقه براساس دانش‌های مختلف مانند دانش تفسیر ودانش مصطلح به‌حدیث و اصول وفروع‌قرار گرفت که‌درفصول‌این‌باب وباب‌آینده مورد مداقه‌واقع خواهدشد.

دانشمندان اهل سنت بدو دستهٔ بزرگ تقسیم شده‌اند : دستهٔ طرفدار رأی در عراق بریاست ابوحنیفه نعمان ودستهٔ طرفدارحدیث درحجاز بریاست مالك بن‌انس. مذهب طرفداران حدیث به‌تمسك به‌سنت پیغمبر و روگردانی از رأی واجتهاد شهرت یافت و علتش این بود که شهرهای حجاز گاهوارهٔ سنت و جایگاه صحابه بود و از

در دعاوی مالی و دیگر دعاوی حقوقی جائز است ، و بـر عکس ، در امور کیفری (حدود) روانیست ودر موارد دیگر جواز آن مورد گفتگو است .

هر گاه خواهان، پیشنهادسوگندبخوانده کندیکی ازاین سه حال راخواهدداشت: خوانده سوگند میخورد یا از ادای سوگند سر باز میزند و یـا آنرا به خواهان بر میگرداند . اکنون بطور اختصار به بیان وضع هریك از این احوال میپردازیم[1] .

**سوگند خوانده**

هر گاه خوانده به برائت ذمهٔ خود سوگندیاد کند، دعوی خواهان مردودشناخته میشود . ودر این موضوع هیچگونه اختلافی وجود ندارد . ولی اگر خواهان، پس از آنکه خوانده سوگند یـاد کرد ، بتواند اقامهٔ بینه کند ، قبول چنین بینه‌ای مورد اختلاف است ودر آن سه قول وجود دارد :

بنابر قول اول ، چون سوگند حجتی ضعیف است و نمیتواند نزاع را قطع و فصل کند، لذا بینه ، پس از آن پذیرفته میشود . زیرا ، بینه دلیل اصلی اثبات بشمار میرود و سوگند درحقیقت جانشین آنست وبا وجود دلیل اصلی جایی برای جانشین آن باقی نمیماند . عمر بن خطاب نیز از این نظر پیروی کرده و گفته‌است «شایسته است سوگند دروغ با بینهٔ راست مردود شود». و عده‌ای از دادرسان سلف نیز از این

۱ـ مراجعه شود به‌المبسوط از سرخسی (ج ۱۶ ، ص ۱۱۹ وجلد ۱۷ ، ص ۲۹) ، والبدایع (ج ۶ و ص ۲۲۹ به‌بعد) ، والام (ج۷ ، ص ۳۴ به‌بعد و ص۱۴۰) والمدونةالکبری (ج ۱۳ ، ص ۲۴) ، و المحلی (ج ۹ ، ص ۳۷۱ به بعد) و شرح عینی بر بخاری (ج ۱۳ ، ص ۲۵۷) والوجیز از غزالی (ج ۲ ، ص ۲۶۵) والمغنی (ج ۱۲ ، ص ۱۲۴ به‌بعد) و اعلام الموقعین (ج ۳ ، ص ۳۴۴) و بدایةالمجتهد ( ج ۲ ، ص ۳۸۶ به‌بعد ) ، و الطرق الحکمیة (ص ۱۱۷ به‌بعد) .

قول پیروی کرده‌اند. بخاری از طاوس و ابراهیم وشریح نقل میکند که گفته‌اند: «گواه راستین سزاوارتر از سوگند دروغ است». ابوحنیفه وشافعی و احمدبن‌حنبل نیز بر همین عقیده‌اند.

اما مجلهٔ احکام عدلیه در این‌مورد صراحت ندارد وباید بکتابهای فقه حنفی که بر قول اول استوار است مراجعه کرد[1]. ولی در عمل، به دو علت، کمتر چنین اتفاقی روی میدهد، نخست‌اینکه، بعقیدهٔ‌ابوحنیفه، سوگندخوانده وقتی پذیرفته میشود که خواهان از اقامهٔ دلیل عاجز باشد[2]. دوم بطوریکه مجله صراحت‌دارد: «هرگاه‌خواهان بگوید من گواه ندارم و سپس گواه بیاورد، یا بگوید من‌جزفلانی گواه دیگری ندارم وبعد گواه دیگری هم معرفی نماید از اوپذیرفته نخواهدشد»[3].

قول دوم از امام مالك است که اقامهٔ بینه را از طرف خواهان پس‌ازسوگند خوانده جایزمیداند، بشرطیکه خواهان پیش‌از پیشنهاد سوگند به‌خوانده از وجود گواهان‌اطلاع نداشته باشد. وچنانچه‌خواهان از وجود گواهان مطلع باشد وترجیح

---

۱ـ رجوع شود به‌شرح علی‌حیدر، ذیل مادهٔ ۱۸۴۲.

۲ـ در این مورد قراری از دیوانعالی کشور ترکیه بشمارهٔ ۶۶۶ بتاریخ ۱۲ ایار به‌سال مالی ۱۳۲۶، یعنی ۱۹۱۰ میلادی صادر شده است. رك، به «روزنامهٔ دادگستری» ترکیه بشمارهٔ ۱۳ ص ۵۲۹. ابویوسف برخلاف آن، جایز میداندکه خواهان با داشتن‌بینهٔ حاضر از ابراز بینه صرف نظرکند وخوانده را سوگند دهد. اما محمد شیبانی بنا بروایت خصاف هم رأی با ابویوسف و بنا بروایت طحاوی هم رأی باامام ابوحنیفه‌است. دراین‌مورد رجوع شود به‌نتایج الافکار تکملهٔ شرح فتح‌القدیر برهدایة، ج ۶، ص ۱۵۳-۱۵۵.

۳ـ مادهٔ ۱۷۵۳. این رأی موافق با نظر محمد شیبانی و مخالف با رأی ابوحنیفه است و علی حیدر بنقل از الفتاوی الولوالجیة وغیره درشرح این ماده‌آورده است. همچنین مواد ۸۳ و ۸۵ آئین دادرسی مدنی حقوق ترکیه لازم میداند که خواهان، گواهان خود را بنام معرفی‌کند وآنها را محدود نماید.

دهد که پیشنهاد سوگند بخوانده کند، سپس در مقام اقـامهٔ بینه بر آید، از او پذیرفته نخواهد شد. برخی از پیروان شافعی ازقبیل غزالی ودیگران نیز براین عقیده‌اند.

بنا بقول سوم، سوگند خوانده دعوی را به فیصله میدهـند و حق مدعی را منتفی میسازد. ازاینرواستماع گواهی گواهان نسبت بحقی که منتفی شده‌است پذیرفته نمیشود. چه، «همانطوریکه راستی گفتار خواهان با گواهی گواهان ثابت میگردد ودر این حالت بسوگند خوانده توجهی نمیشود، پس از سوگند خوانده نیز حق بجانب اوست وبر گواهی گواهان اثری مترتب نیست». مذهب ظاهری وابن ابی لیلی وابو عبید ودیگران براین قول رفته‌اند[1].

قوانین جدید نیز از نظریهٔ اخیر پیروی کرده‌اند و در قانون مـدنی فرانسه سوگند قاطع نزاع ومانع طرح مجدد قضایا وتکرار آنها شمرده میشود (مادهٔ۱۳۶۳). و قانوندانان و دادرسان بزرگ فرانسه، سوگند را نوعی عقد قضـائی مانند صلح و سازش دانسته‌اند که طرفین دعوی را بسوگندونتیجهٔ آن پابند میسازد[2].

همچنین بموجب مادهٔ ۲۳۴ آئین دادرسی مدنی لبنان، چنانچه خوانده سوگند یاد کند و خواهان در مقام اثبات دروغگوئی او مدارکی تقدیم کند، از او پذیرفته نمیشود. و«چنانچه بموجب قرار کیفری، دروغ بودن سوگندی ثابت شود، متضرر میتواند جبران زیان خود را بخواهد»[3].

---

۱ـ برخی این تفسیر را مورد انتقاد قرار داده‌اند. مثلا بکتاب آئین دادرسی مدنی تألیف گلاسون: ( *Traite théorique et pratique de procédure civile* ) وتیسیه و موریل، چاپ‌سوم، ج ۲ شماره ۶۹۶ وجلد ۳ شماره ۷۳۶ رجوع شود.

۲ـ بخلاف رویهٔ قضائی فرانسه، کـه درخواست ضرر و زیان وارده را در این مورد واردنمیداند. رك، قرارداد گاه *Rethel* بمورخهٔ ۲۵ کانون دوم‌سال ۱۹۰۵ *(D1905.2.309)*.

**نکول خوانده و برگرداندن سوگند**

حکم سوگند خوانده در گفتار پیشین گذشت. درصورتیکه خوانده سوگند نخورد و باصطلاح نکول و خودداری نماید، آیا حکم علیه او داده خواهد شد یـا سوگند بخواهان برخواهد گشت ؟ در این مورد هم میان مذاهب اختلاف نظر وجود دارد.

بنابه مذهب حنفی ویکی از دو روایت منقول از احمدبن حنبل ، نکول از سوگند بمنزلهٔ اقراراوست. چنانچه خوانده از ادای سوگندخودداری کند مثل این است که حق خواهان را پذیرفته است . چه اگر اوخود را در انکارصادق میدانست در ادای سوگند تردید و دو دلی نشان نمیداد . نکول نیزیا بصراحت اعلام میگردد، ویا از سکوت مستفاد میشود .

بنابقول اول سوگند بخواهان برنمیگردد یعنی او نه بخواهش خوانده و نه بدون آن، برای صدق دعوی خود سوگند یاد نمیکند . و در قواعد کلیهٔ المجامع[1] چنین آمده است : «سوگند همواره متعلق به نفی است» و دلیل آن ، حدیث شریف: «البینة علی المدعی والیمین علی من انکر»است، بشرحی که گذشت . این حدیث بطور مطلق وارد شده است و نشانه ای از جواز برگشت سوگند بخواهان در آن نیست . مجلهٔ احکام عدلیه نیز در مادهٔ ۱۸۲۰ از این قول پیروی کرده است.

اما پیشوایان دیگر ، همچنین ابن حنبل بنابروایت دیگری کـه منسوب به اوست ، نکول خوانده را به تنهائی برای صدور رأی علیه او کافـی نمیدانند . زیرا حجتی ضعیف و دلیلی سست است و باید باسوگند مدعی برراستی دعوی خود تقویت شود ، اگر چه خوانده از او مطالبهٔ سوگند نکند . چون خواهان سوگند یاد کند حکم بنفع او صادر میشود ودر غیر این صورت دعوی او مردود است ، باستناداینکه حدیث « الیمین علی المدعی علیه» حالت نکول را بیان نکرده است ، و نیز روایت

---

۱ـ المنافع ، ص ۳۳۵ .

شده است که پیامبر سوگند را بحقدار برگرداند[1]. مالك این نظر را در امور مالی و شافعی در همهٔ دعاوی نافذ میداند، ولی برخی از پیروان شافعی، از قبیل غزالی برگرداندن سوگند را بخواهان جایز ندانسته است هرگاه خواهان سلطان باشد[2]. وشیعهٔ امامیه ببر گرداندن سوگند رأی داده‌اند[3].

نظریهٔ دیگر از پیروان مذهب ظاهری وابن‌ابی‌لیلی است که نکول‌را برای صدور حکم کافی نمیدانند و بعقیدهٔ آنان، سوگند، بجز در مواردی استثنائی، بخواهان برگردانده نمیشود. باز بنظر آنــان چنانچه خواهان گواه نداشته باشد وخوانده از ادای سوگند امتناع ورزد باید او را براین‌کار واداشت و بعبارت دیگر وظیفهٔ خوانده است که یا بسود خواهان اقرار کند ویا از درانکار درآید وبربرائت ذمهٔ خود سوگند یاد کند.

اما غالب قوانین جدید که سوگند را جایز میدانند در این مسأله میانه‌روی کرده‌اند. بدین‌معنی که مانند مذهب حنفی بهنگام نکول‌خوانده از ادای سوگند، به‌صدور حکم علیه او پرداخته‌اند. و از طرفی، مانند دیگر مذاهب اسلامی، بوی حق داده‌اند کـه بتواند سوگند را بخواهان برگرداند و چنانچه خواهان سوگند یاد کند، در دعوی خود راستگو شناخته میشود و در غیر اینصورت دعوایش مردود است. مادهٔ ۲۳۲ آئین دادرسی مدنی لبنان نیز چنین میگوید، کسی که مکلف به‌ادای سوگند شود، وآنرا انجام دهد ویا بطرف خود برنگرداند، همچنین کسی که سوگند باو برگردانده شده است اگر از ادای‌آن امتناع کند، هر دو در کار خود زیان کارند.

---

۱ـ به‌روایت الدار قطنی، رجوع شود به‌المغنی، ج ۱۲، ص ۱۲۴.
۲ـ الوجیز، ج ۲، ص ۲۶۶.
۳ـ شرائع الاسلام ازحلی، ص ۳۰۱.

قانون دادگاههای شرعی لبنان، همچنین، بخوانده اجازه میدهد که سوگند را به خواهان برگرداند و در مورد نکول نیز وقتی صدور حکم را بزیان خوانده جایزمیداند که خواهان به‌راستی دعوی خود سوگند بخورد[1].

**بکار بردن سوگند**

سوگند یکی از قدیمترین روشهای اثبات دعوی بشمار میرود واصولا براین پایه گذاری شده‌است که سوگند یاد کننده را بعقیدهٔدینی‌خود متوجه‌سازد وخداوندی را که براستی‌ودرستی فرمان میدهد بیاد اوآورد، تا ترس او ازخداوند باعث‌شود که سخن حق بگوید واز دروغ وباطل بپرهیزد.

با وجود این، تجربه‌های قضائی نشان داده است کـه سوگند حجتی ضعیف است وجز به‌هنگام ناتوانی‌نمیتوان بدان پناه برد. چه غالب‌اشخاص‌بسهولت‌سوگند یاد میکنند وبسیار کمند کسانیکه حریم سوگند را حفظ کنند. استفاده از سوگند برای اثبات، در قوانین مدنی امروزی روشی‌چندان معروف نیست. گواینکه‌دراغلب کشورهای لاتین عملی میشود ولی در بسیاری از قوانین مدنی کشورهـای دیگر از قبیل انگلستان و کشورهائی که از همان سیستم قضائی پیروی می کنند، بعنوان‌یك روش‌قطعی، برای فصل دعاوی شناخته نشده است.

استفاده از سوگند، حتی در کشورهائی که آنرا پذیرفته‌اند، نسبت بگذشته روبکاهش‌نهاده است. مثلا قانون دادرسی مدنی عثمانی میگوید: «از کسیکه ازاثبات دعوی‌خودعاجزشودپرسیده میشود که‌آیامیخواهد طرف‌او سوگندیاد کند...». یعنی وظیفهٔ دادرس است که خواهان‌را بهنگام‌عجز از اثبات دعوی، متوجه این کند کـه حق مطالبهٔ سوگند از خوانده را دارد (مادهٔ ۹۲). ولی درآئین دادرسی مدنی لبنان

۱ــ مادهٔ ۵۱ و ۹۵ ازآن‌که با قانون ۴ کانون اول سال ۱۹۴۶ تعدیل یافته‌اند.

دادرس چنین وظیفه‌ای ندارد .

اخیراً رویهٔ قضائی کشور لبنان دائرهٔ بکار بردن سوگندی را که فصل دعوی میکند، تنگتر کرده‌است . و برخواهان آن لازم دیده است که هنگامی از سوگند استفاده کند که‌استفاده از روشهای‌دیگر اثبات،برای‌او ممکن نباشد.بطوریکه‌سوگند بصورت استطرادی و در حکم سوگند تکمیلی بشمار میرود و دادرس در پیشنهاد یا عدم پیشنهاد آن مخیر است[۱].

**سوگند خواهی دادرس**

سوگند، بطوری که گذشت، باید ازطرف‌خواهان‌پیشنهاد شود . ولی آیادادرس میتوانداز طرف خود پیشنهاد سوگند به‌یکی از طرفین دعوی کند یا نه، مسأله‌ایست نیازمندبتفصیل .

برخی ازقانونهای جدید مانند قانون لبنان ازنوعی‌سوگند بعنوان «سوگند تکمیلی» ، در برابر سوگندی که فصل خصومت میکند ، استفاده میکند ، و قانون مزبور چنین است : «دادرس میتواند از طرف خود به‌یکی از طرفین دعوی پیشنهاد سوگند دهد» . در صورتیکه دعوی خواهان ویا دفاع خوانده نه گفتاری محض و نه امری ثابت ومتیقن باشد[۱]، بعبارت دیگر هرگاه گفتار یکی‌از دوطرف دعوی‌مستند به دلائلی نارسا باشد ، قاضی می‌تواند از او بخواهد تا با ادای سوگند دلایل خود

---

۱ـ قرار صادرهٔ ۱۷ شباط ۱۹۴۵ دادگاه‌استان مخصوص به‌توحید رویهٔ قضائی‌که در روزنامهٔ رسمی سال ۱۹۴۵ ص ۱۶۱ نشر شده است .

۲ـ رجوع شود بمواد ۲۲۸ـ۲۳۷ و مابعد آنها ازآئین دادرسی مدنی لبنان واین‌در قانون بینات سوریه (مادهٔ ۱۲۱) سوگند متممه خوانده شده است . (بطوریکه قبلا یادآورشدیم چنین‌سوگندی در فقه شیعهٔ امامیه نیز پذیرفته شده وقسم جزء بینه نامیده میشود . مترجم)

را تقویت کند.

این گونه سوگند درشریعت اسلام سابقه دارد زیرا دربرخی ازمذاهب صدور حکم با شهادت یك گواه وسوگندخواهان‌جایز است، ولی بطوریکه دیدیم درمذهب حنفی ومجله جایز نیست.

اصل درمجله براینست که«سوگند بنا به‌پیشنهادخواهان‌عملی‌میشود ولی‌درچهار مورد قاضی‌بدون پیشنهاد خواهان‌میتواند عرض‌یمین کند: نخست درصورتیکه کسی خواهان حقی از ترکـهٔ میت باشد و آنرا ثابت کند، از طرف دادرس باو پیشنهاد میشود که سوگند یاد کند براینکه آن حق را بهیچ نحو، نه شخصاً و نه بوسیلهٔدیگر استیفا نکرده ونیز ذمهٔ خوانده را از پرداخت آن بری ننموده ویا بدیگری حواله نکرده ویا دیگری آنرا از طرف میت نپرداخته است وبالاخره در برابر آن حق ازطرف مرده رهن و وثیقه‌ای نیز نزد او نیست، این را سوگند استظهاری‌مینامند[1]. دوم اگر کسی ادعای‌استحقاق مالی را کند و آنرا ثابت نماید، باو قسم میدهند که آنرا قبلا نفروخته و یـا بنحوی از ملکیت خود بیرون نکرده است. سوم چنانچه خریدار مبیع را به‌علت عیب بر گرداند، حاکم او را سوگند میدهد که به‌هیچ‌نوع قبلا، به‌این عیب تن در نداده ونه‌بزبان ونه‌از راه تصرف مالکانه‌اظهار رضایت‌نکرده است. چهارم‌حاکم شفعه کننده‌را به‌سوگند وامیدارد که‌بهیچ نحو ازحق شفعهٔ خود صرف نظر نکرده است» (مادهٔ ۱۷٤٦).

سوگند استظهاری مورد اتفاق نظر همهٔ فقیهان‌حنفی است ولی تنها ابویوسف به‌سوگندهای سه‌گانه معتقد است، و دو پیشوای دیگر این مذهب یعنی ابوحنیفه و محمد بن حسن با او همرأی نیستند. ابویوسف موردی نیز بر آنها افزوده است که هرگاه زنی‌ادعای نفقه برشوهر غائبش کند، باید او را سوگند داد که شوهرش مالی

۱ــ سوگند استظهار در فقه شیعهٔ امامیه نیز عنوان شده و سابقهٔ ممتدی دارد. مترجم

برای او بجای ننهاده ونفقه به‌او نپرداخته است[۱].

ودرمجله مواردی‌نیز وجود دارد بنام «احوال تحالف» که قاضی طرفین‌دعوی را سوگندمیدهد ودر اینجا مجالی برای شرح وبسط این موارد نیست[۲].

۱ـ الفتاوی البزازیه یا الجامع الوجیز از ابن بزاز ( در حاشیهٔ هندی ، ج ۵ ، ص ۱۶۸ـ۱۶۹) و ماده‌های ۹۷ و ۹۹ از قانون عائلهٔ عثمانی .

۲ـ رك ، بمادهٔ ۱۷۷۸ ومواد بعدی.

# بخش پنجم

## دلائل دیگر

### بینهٔ کتبی

در روزگار ما نوشته‌ها وسندهای تنظیمی میان افراد دارای اعتبارخاصی‌است واز اساسیترین وقویترین ادلهٔ اثبات دعوی بشمار میرود. علت این امر شیوع بیشتر کتابت وسهولت استفاده ازآن دراین زمان نسبت بزمان‌های گذشته‌است. بطوریکه بسیاری از قوانین جدید مثل قانون ترکیه و لبنان در امور مهم مدنی، استفاده از بینهٔ کتبی را ضروری دانسته و از پذیرفتن بینهٔ شخصی جز درموارد استثنائی منع کرده‌اند.

ولی در گذشته چنین نبود و بطوریکه در قواعد کلی‌حقوق فرانسه در قرون وسطی دیده میشود: «گواه بر بینهٔ کتبی مقدم است»[1]. همچنین در شریعت اسلام‌بینهٔ شخصی شایع و معروف بود، چه در گذشته کتابت کمتر از امروز معمول‌بود و مردم بندرت با تنظیم سند آشنائی داشتند و فقط در بدهی‌های مدت‌دار آنرا بکار میبستند

۱ـ کتاب‌کولان وکاپیتان، قانون فرانسه، پاریس، ۱۹۲۴، ج ۲، ص ۲۲۱.

اینرو فقهـای حجاز از دیگران به‌سنت آشناتر بودند و بعلاوه مردم این‌دیار هنوز بصورت ساده و نزدیك به‌بداوت‌زندگی میکردند ودر فتاوای خود از نصوص شرعی و اجماع فقیهان استمداد می‌جستند و این دو مرجع برای حل مرافعات بسنده‌مینمود ، وضرورتی به‌توسعه دائرهٔ اجتهاد و استدلال دیده نمیشد .

واما در عراق قضیه معکوس بود چه مردم آن درحضارت ومدنیت فرورفته‌تر و بادشواریهای فراوان و نمودهای تازه اجتماعی روبرو بودند . دیگرآنکه فقهای کوفه بعلت دوری از مراکز حدیث جز اندك مـایه‌ای از احادیث گیر نمیاوردند و آن نیز در روایت از دروغ مصون‌نبود . پس در بسیاری ازمسائل حقوقی بحکومت عقل ورأی وبه‌اجتهاد از راه قیاس واستحسان ، چنگ میزدند ودراین مورد به‌توسع پرداختند و ره‌افراط راپیمودندتاجائیکه متعرض‌مسائل‌فرضی‌محض‌شدند که‌نمونه‌هائی ازآنها را نقل خواهیم کرد .

**عصر انحطاط و تقلید**

از اواخر دوران حکومت عبـاسیان روشنی‌هـای دانش فقه از تـابش بیفتاد وفقیهان به‌تدوین مذاهب پرداختند و اجتهاد خود را بمسائل فرعی منحصر ساختند. وپس از سقوط بغداد در میانه‌های سال هفتم هجری (سیزدهم میلادی ) فقیهان سنی ازترس اینکه درکارخود ازحدود شریعت بیرون شوند وبه‌ستمکاری گرایند ، بمذاهب اربعهٔ معروف اکتفاء وبه‌انسداد باب اجتهاد اجماع کردند .

پس تمدن عرب آرام‌آرام به‌قهقری رفت و از هر سو به‌جمود گرفتار شد و بیماری تقلید وپیروی‌های کورکورانه شیوع یافت و اجتهاد درفقه راکد شدوفقها و به‌مختصر کردن کتب شرعی وسپس به‌شرح این کتابهای مختصر و نیز کتابهای فتوی پرداختند ، خصوصاً در مذهب حنفی بشرحیکه خواهدآمد .

و آیهٔ شریفهٔ: «اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبوه ولیکتب بینکم کاتب بالعدل..»[۱] ناظر به همین مورد است.

جمهور فقیهان تنظیم سند و گواه گرفتن بر آنرا حمل بر استحباب کرده‌اند، بخلاف برخی از پیشوایان مذاهب ازبین رفته، مانند طبری و داود ظاهری که آنرا واجب شمرده‌اند[۲].

بنابراین در فقه اسلام بینهٔ کتبی ارزش بینهٔ شخصی را ندارد و در شروط آن اختلافهای فراوانی است. واصولا بینهٔ کتبی در عداد ادلهٔ اصلی شرعی بشمار نیامده است. درباب اقرار بوسیلهٔ کتابت و یا در باب گواهی بر کتابت اقرار کننده بدان اشارتی رفته است[۳]. و چون مجالی برای بحث در زمینهٔ این مسأله نیست بنابراین ببیان جملهٔ مختصری که در مجله آمده است اکتفا میکنیم:

اصل در مذهب حنفی بر «عدم اعتماد به نوشته و عمل به‌آن» است. زیرا که «خط با خط شباهت دارد». ویابطوریکه مؤلف الفتاوی الخیریه مینویسد: سند کتبی «ازشمار دلائل شرع اسلام‌یعنی بینه واقرار ونکول بیرون‌است. این‌است شرع‌محمد سرور فرزندان عدنان نه ورق پاره‌ای ازهر کس ونا کس، واعتبار ازآن واقع است نه‌ازآن نگارش وقایع، مگر اینکه منصوص از طرف شارع ویامورد اعتمادپیشوایی کامل ویا به‌استناد نصی قاطع باشد»[۴]. ولی چون مردم ازنوشته وسند درمعاملات‌خود

---

۱ــ سورهٔ بقره (۲)۲۸۲.

۲ــ تفسیر فخررازی برآیهٔ مذکور (ج ۲، ص ۳۶۴) والمحلی (ج ۸ شمارهٔ ۱۴۱۵، ص ۳۴۶).

۳ــ المبسوط (ج ۱۸، ص ۱۷۲ به‌بعد) وبشرح سیدی خلیل معروف به‌مواهب الجلیل از حطاب (ج ٦، ص ۱۸۷ به‌بعد) وتبصرةالحکام از ابن فرحون (ج ۱، ص ۲۹۴).

۴ــ الفتاوی الخیریه، دارالسعادة، ۱۳۱۱ هـ. ج ۲، ص ۶۷.

استفاده کردند و بدان خو گرفتند ، فقهای متأخر استحساناً به‌قبول بینهٔ کتبی فتوی دادند[1] . مجلهٔ احکام عدلیه از همین رأی پیروی کرده واسناد ذمه‌ای وبازرگانی را ، در صورتیکه از شبههٔ جعل و تزویر دور باشد ، معتبر شمرده و اقـرار کتبی را مانند اقرار لفظی دانسته است . همچنین اسناد رسمی ومنشورات دولتی و نوشته‌های اداری و دفاتر دادگاهها وغیره[2] در صورت خلو از تزویر وفساد معتبراست .

**قرینهٔ قطعی**

علاوه بر ادلهٔ شرعی که اقرار بینه ویمین است قرینهٔ قطعی هم یکی ازامارات قضائی بشمار میرود و میتواند مستند حکم قاضی قرار گیرد . مجله نیز آنرا معتبر دانسته ، چنین تعریف میکند : «امارهایست که بپایهٔ یقین میرسد . مثلا اگر کسی با در دست داشتن کاردی خونین ، هـراسان و ترسان از خانه‌ای خالی از سکنه بیرون آید ودر همانـدم به‌آن خانه بروند و کسی را سربریده‌در آنجا بیابند ، تردیدی باقی نمی‌ماند که قاتل این شخص همان است که دیده‌اند ودر این مورد باحتمالات موهوم صرف ازقبیل اینکه‌مقتول‌خود کشی کرده‌است‌التفات نمیشود» (مادهٔ ۱۷۴۰ـ۱۷٤۱) .

این مثال‌را علامه ابوالیسر محمدبن غرس[2] روایت کرده‌است واز آن استنباط میشود کـه چنین قرینه ای موقعی مورد استناد قاضی قرار میگیرد که قاضی وجداناً به‌صحت آن پی‌ببرد ، زیرا تردیدی نیست که تشخیص قضیه با چگونگی وقوع آن

---

۱ـ المبسوط در محل مذکور ، والاشباه از ابن نجیم (ص ۸۶ ) و رسالهٔ نشرالعرف از ابن عابدین (ص ۴۱ـ٤۲) والمنافع (ص ۳۲۹) . تفصیل آنرا در مواد ۱۶۰۶ـ۱۶۱۲ و ۱۷۳۶ـ۱۷۳۹ ملاحظه فرمائید .

۲ـ بنقل از الفواکه البدریة ، فصل ششم ، بطوریکه در رسالهٔ نشرالعرف ، ص ۲۱ آمده است .

بستگی دارد وچه‌بسا ممکن‌است که شخص هراسان ، درمثال بالا ، ازخویشان‌مقتول باشد که بلافاصله پس از وقوع حادثه در محل حضور بهم رسانده و دشنهٔ خونین را در زمین دیده وآنرا برداشته است و برای جلب کمك ، یا پیدا کردن قاتل و انتقام گرفتن از او ویا بعلت معقول دیگری از خانه بیرون‌آمده است . چه دراینصورت نمی‌توان او را قاتل دانست .

فقیهان حنفی، حکم‌به‌قرینه را درمواردبسیاردیگری نیزبیان کرده‌اند.مثلا اگر دو نفر در مورد سفینه‌ایکه بارآن آرد باشد بـاهم منازعه کنند ویکی ازآنان تاجر ودیگری کشتیبان باشد و هیچکدام گواه نداشته باشند، دراینصورت بمالکیت تاجر برآردومالکیت کشتیبان بر کشتی حکم صادر میشود[۱] .

چه این قبیل از قرائن به‌نظر وسنجش دادرس بستگی دارد و نیز اوضاع و احوال وعرف جامعه درآنها مؤثرند وازاینرو «قرائن احوال‌عرفی» نامیده میشوند. و امروزه در امور کیفری کاملا معتبر است و استفاده از آن کلاً در اختیار قاضی و وجدان اوست . ولی قرائن فوق بطور مطلق درامور مدنی پذیرفته نمیشود ودرآئین دادرسی‌مدنی‌لبنان به«قرائن غیرقانونی» معروف است وآنراچنین تعریف کرده‌اند: « نتایجی است که قاضی از واقعه‌های شناخته شده برای درك واقعه‌هـای ناشناخته استخراج میکند » و بدانش وبصیرت قاضی واگذار شده است و فقط در مواردی که بینهٔ شخصی اعتبار قانونی دارد بکار میرود واین قرائن میباید « مستقل و روشن و با یکدیگر سازگار» باشند (مادهٔ ۳۰۲ و ۳۱۰) .

دستهٔ دیگر ، قرائن قانونیست که آنها را (قانونگذار از امر معلومی برای کشف امر مجهولی استخراج میکند) . مثلا در قانون لبنان «چنانچه تصرف درعین منقولی با حسن نیت و مسالمت بطور آشکارا و خالی از هر گونه غل و غش صورت

۱ـ رسالهٔ ابن‌عابدین ، ص ۱۹ به‌بعد .

بگیرد ازحقوق مالکیت بشمار میرود وبینه‌ای برای اثبات‌خلاف یك‌چنین قرینه‌ای پذیرفته نمیشود[۱].

در حقوق اسلامی امثلهٔ فراوانی از اینگونه قرینه‌ها دیده میشود که به‌برخی ازآنها در باب استصحاب حال اشاره شد، واز جملهٔ این قرائن اثبات نسبت فرزند است به‌شوهر با توجه به‌حدیث شریف «الولدللفراش»[۲].

## تناقض

برخی از قواعد کلی دیگر مربوط به‌تناقض در مقام اثبات است وآن بر دو گونه است: تناقض گواهان وتناقض خواهان. بشرح زیر:

اول ـ تناقض گواهان

وآن‌به‌هنگام رجوع وعدول گواهان از گواهی‌خود پدید میآید. بنا بگفتار مجله «گواهی منقوض حجت نیست ولی‌آن نمیتواند رأی قاضی را بی‌اثر سازد پس اگر گواهان از گواهی خود عدول کنند گواهی مزبور، اثروحجیت خودرا ازدست میدهد ولی چنانچه دادرس باعتبار آن گواهی‌قبلا اقدام به‌صدور حکم کرده باشدآن حکم ملغی نمیگردد، بلکه گواهان ضامن محکوم به‌میشوند» (مادهٔ ۸۰).

ودر مقام ایضاح این موضوع مادهٔ ۱۷۲۸ میگوید: «چنانچه گواهان پس‌از ادای گواهی وپیش ازصدور رأی در حضور قاضی از گواهی‌خود عدول کنند، گواهی

---

۱ـ مادهٔ ۳۰۷ ازآئین دادرسی مدنی، برابر آن در فرانسه قاعده‌ای معروفیت‌دارد تحت عنوان: «تصرف وحیازت منقول اعتبار سند را دارد» *En fait de meubles possession vaut titre*

۲ـ تتمهٔ حدیث «وللعاهر الحجر» میباشدکه در تمام‌کتابهای‌معتبر روایت شده‌است. رجوع شود بصحیح بخاری شرح عینی (ج ۲۳، ص ۲۴۹)، وصحیح مسلم (ج۴، ص۱۷۱).

آنان در حکم عدم است و گواهان تعزیر میشوند » . این حکم مورد اتفاق جمهور فقیهان است . ومادهٔ ۱۷۲۹ میافزاید : «اگر گواهان پس‌از صدور حکم ، درحضور قاضی ، از گواهی خود عدول کنند ، این عمل باعث‌نقض حکم نمیشود ولی گواهان ضامن محکوم بهمیشوند »[1].

چنین روایت شده است که‌دو گواه در حضور علی‌بن‌ابیطالب بر مرد دیگری به‌سرقت گواهی دادند و دست متهم‌بریده شد ، سپس گواهان مرد دیگری را بحضور او آوردند و گفتند این همان دزد بود نه‌کسی که دستش بریده شد .

وعلی علیه السلام گفت : « گواهی شما را دربارهٔ این مرد نمی‌پذیرم وشما را ضامن

---

۱ـ در حقوق امامیه ، درکلیهٔ موارد اعم از مالی وغیرمالی ومدنی وکیفری، چنانچه شهود پیش از صدور حکم از شهادت خود برگردند گواهی هـای آنان کالعدم فرض میشود و حکمی صادر نخواهد شد . چه حکم مبتنی برگواهی‌است ودر صورت نبودن گواهی ویاوجود گواهی دروغ، صدور هرگونه رأیی منتفی است . اما پس ازصدورحکم‌باید قائل بتفصیل شد:

۱. هرگاه‌کذب‌گواهی بر قاضی ثابت وقطعی‌گردد ، درکلیهٔ موارد حکم نقض‌میشود ودر امور مالی ، درصورت اجراء حکم ، عین محکوم‌به را از محکوم له باید باز پس‌گرفت ودر صورت تلف یا تعذر استرداد ،گواهان بپرداخت تاوان محکوم میشوند ودرهرحال (چه پیش از حکم وچه بعد ازآن وچه مال باقیمانده ویا نه ) تعزیر وهمچنین تشهیر میشوند ودیگر شهادت آنان قبول نخواهد شد . ودر امورکیفری چنانچه اقرار به‌تعمد در دروغ‌کنند‌احکام قصاص برآنان مترتب میشود.

۲. در امورکیفری‌چنانچه‌گواهان ازگواهی خود رجوع‌کنند وحکم اجرا نشده‌باشد در اینصورت حکم‌نقض میشود ودرصورت اجراء ،گواهان ضامن پرداخت‌دیه میشوند وگواهی آنان در امور دیگر پذیرفته نیست.

۳. در امور حقوقی حکم‌نقض نمیگردد وگواهان بتاوان وادارمیشوند ودر موردنکاح وطلاق بحثهای جالبی است. رك . شهید ثانی ، شرح لمعه ،کتاب الشهادات ، فصل‌چهارم .

مترجم

پرداخت دیهٔ دست بریدهٔ مرد نخستین میدانم واگر میدانستم که در گواهی قبلی خود تعمدی بر دروغ داشتید، دستتان را میبریدم». عدم فسخ حکم بعلت عدول شاهد از گواهی خود، مورد اتفاق جمهور فقیهان است وعلت آن بنا بگفتار شهاب الدین قرافی اینست که: «حکم از روی سبب شرعی وباستناد گواهی اشخاص عادل صادر شده است و ادعای گواهان بر دروغ بودن گواهی خود، در حقیقت اعتراف آنان به فسق خود میباشد و گفتار فاسق ناقض حکم نیست وحکم به قوت خود باقیست»[1].

ولی معدودی از فقیهان مانند اوزاعی وسعیدبن مسیب وپیروان مذهب ظاهری، به هنگام عدول شاهد از گواهی خود، به نقض حکم معتقد شده اند، زیرا این حکم مبتنی برشهادت است و در صورتیکه گواهان از گواهی خود عدول کنند پایهٔ اثبات حکم نیز متزلزل و علت آن منتفی میشود. همچنین است در امور کیفری که به عقیدهٔ برخی از فقیهان چنانچه گواهان پیش از اجراء حکم از گواهی خود عدول کنند در اینصورت حکم اجرا نمیشود زیرا به هنگام تردید وشبهه، از اجرای حدود باید جلوگیری کرد[2].

با توجه بقوانین عصر حاضر درچنین مواردی محکوم علیه میتواند، باشروط معینی، خواستار نقض حکمی شود که باستناد گواهیهای دروغ صادر شده است. بنابراین اعادهٔ دادرسی، در این موارد بموجب آئین دادرسی کیفری عثمانی وآئین دادرسی مدنی لبنان تجویز شده است.

---

۱ــ الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی و الامام، ص ۴۹.

۲ــ دربارهٔ همهٔ این مطالب ونیز در مسألهٔ تضمین گواهان برمحکوم به و اختلافی که در این خصوص باختلاف احوال ومذاهب پدید آمده است، بهالمبسوط (ج ۱۶، ص ۱۷۸) وشرح الکبیر (باالمغنی ج ۱۲، ص ۱۱۳) و المحلی (ج ۹، ص ۴۲۹) و منهاج الطالبین (ص ۱۳۷) رجوع شود.

دوم ـ تناقض ادعای خواهان

بنا به مادهٔ ۱۶۱۵ مجله هر گاه از خواهان سخنی مخالف ونقیض ادعای او شنیده شود در حقیقت این گفتار موجب بطـلان دعوی او بشمار میرود . و در این خصوص امثلهٔ فراوانی است[۱] ، از جمله، چنانچه کسی مالی را برای‌دیگری اقرار کند وسپس مدعی شود که او خود مـالك آن مال است ، این ادعا با اقرار قبلی‌او مخالفت دارد ومانع از اقامهٔ دعوی او میشود (مادهٔ ۱۶۴۹) ، وچنانچه کسی نخست اقرار کند که نسبت‌بهٔدیگری هیچگونه حقی ندارد ، پس ادعا کند که همان شخص به او بدهکار است ، این ادعا نیز پذیرفته نمیشود .

وبطوریکه در قواعد کلی الاشباه[۲] ومجله‌آمده است : «الساقط لایعود کما ان المعدوم لایعود ـ آنچه ساقط شده است بر نمیگردد همچنانکه معدوم بر نمیگردد» (مادهٔ ۵۱) . معنی این قاعده‌اینست که‌اگر کسی‌حقی‌را اسقاط کند ، دیگر نمیتواند از این عمل خود رجوع نماید و بمطالبهٔ حقی که ساقط شده است به‌پردازد چه میان اسقاط و حق مطالبهٔ آن تناقض وجود دارد . بشرطیکه حق مختص به اسقاط کننده ونیز در تاریخ اسقاط حقی ثابت ومسلم‌باشد . بنابراین صحیح نیست اگر کسی‌حق خودرا از ارث ، پیش‌از مرگ مورث ، اسقـاط کند ، ولی پس‌ازمرگ مورث‌اسقاط این حق صحیح است .

این قاعده از قاعدهٔ عمومی دیگری ، بدین مضمون ، گرفته شده است که : «هر کس‌درمقام‌نقض‌امری بر آید که خود دراثبات‌آن کوشیده‌است، کوشش‌مجدد او

۱ـ بمواد ۱۶۴۷ و ۱۶۵۹ رجوع شود .

۲ـ از ابن‌نجیم ، ص ۱۲۷ .

مردود و بی‌اثر است» (مادهٔ ۱۰۰)[۳]. پس اگر کفیل فروشنده ، خود ادعای مالکیت مبیع را کند این ادعا از او پذیرفته نیست . چه ، ادعـای وی نـاقض عقد کفالت است .

۱ـ رجوع شود به‌تکملهٔ حاشیه ابن‌عابدین(ج۱ ، ص ۱۵) والفتاوی البزازیه (ج۱، به‌حاشیهٔ هندی، جلد ۴، ص ۵۲۲) ودرامثال‌لاتینی بهمان‌معنی‌چنین‌آمده است : *Nemo contra factum suum venire potesta*

# فصل پنجم

## قواعد عمومی دیگر

**فرع از اصل پیروی میکند**

یکی از نخستین مبادی حقوق اینست که فرع در وجود وبقاء و سقوط خود از اصل پیروی میکند[1] و بنا بگفتهٔ مصنف المجامع : « دوام هر چیزی باصل آن بستگی دارد»[2]. ودر قواعد کلی مجله مواد متعددی دراین معنی آمده است که بیشتر آنها از کتاب الاشباه والنظائر[3] نقل شده است که با شرحی مختصر ذیلا نقل میشود:

۱ــ «فرع از اصل پیروی میکند. چنانچه چهارپائی فروخته شود که درشکمش جنینی باشد ، جنین به‌پیروی از اصل داخل در بیع است » ( مادهٔ ٤٧ ) . چه ، این جنین در وجودتابع حیوان است ، پس‌درحکم نیز ازآن پیروی میکند .

مثالهای‌دیگری نیز درمجله‌آمده است . مثلا درفصل بیع میگوید : هرآنچه تابع مبیع باشد ، حتی درصورتیکه ازآن یادی نشود باز داخل دربیع است ، خواه

---

۱ــ قاعدهٔ لاتینی است: *Accessorium sequitur principale*

۲ــ المنافع ، ص ۳۱۱ .

۳ــ از ابن‌نجیم (ص ۴۷ به‌بعد) واز سیوطی (ص ۸۱ به‌بعد).

بعلت اتصال آن شیٔ به‌مبیع باشد مانند قفلهای پیوسته نسبت به‌خانه، یا در حکم اجزای مبیع باشد مانند کلید در مورد بیع قفل، یااز لوازم مبیع باشد مانند حق عبور و حق شرب و حق مسیل در بیع خانه با کلیهٔ حقوق، و چیزهائی دیگر از این قبیل[۱].

۲ـ «برای تابع حکم جداگانه‌ای نیست. بدین معنی که جنین در شکم حیوان منفرداً قابل فروش نیست» (مادهٔ ٤٨). و همچنین حق مسیل را به تنهائی نمیتوان فروخت مگر به‌تبعیت از زمین[۲]. باید دانست مثالی که در مجله بیان شده است، بقاعدهٔ «عدم جواز عقد نسبت بـآنچه فعلاوجود ندارد ولی در آینده وجود خواهد داشت» در مذهب حنفی نیز مستنداست. وحکم مزبور درآئین دادرسی مدنی عثمانی مادهٔ ٦٤ وقانون موجبات و عقود کشورلبنان، مادهٔ ١٨٨ تغییر یافته است[۳].

۳ـ «هر کس مالك چیزی شود، لوازم آنرا نیز مالك خواهد شد. چنانچه کسی خانه‌ای بخرد مالك راه رفت و آمد بآن خانه نیز خواهد بود» (مادهٔ ٤٩). این قاعده از کتاب مجامع الحقایق[٤] گرفته شده است ومعنی آن اینست که دارا بودن اصل، مستلزم دارابودن فروع ضروری آن نیز هست. مثلا اگر کسی مالك جائی باشد مالك هوا وقرارآن ملك نیز خواهد بود ویا اگر کسی ماده گاو شیردهی را بمنظور شیر آن خریداری کند، با توجه به قصدی کـه در خرید گاو داشته است،

---

۱ـ مواد ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٥.

۲ـ الاختیار شرح المختار ازموصلی، ج ۱، ص ۱۸۰، در بیع حق استفاده ازراه وحقابه، اختلاف نظر وجود دارد. در المجامع آمده است که بیع حقوق بطور منفرد جائز نیست (المنافع ص ۳۱۴).

۳ـ النظریة العامة للموجبات و العقود فی‌الشریعة الاسلامیة، ج ۲، ص۷۳.

۴ـ رجوع شود به‌شرح آن منافع‌الدقائق، ص ۳۳۲.

باوجود این عده‌ای از متأخران کتابهای پر ارزشی در فقه از خود بیادگار نهادند و بسیاری از آثار پیشوایان نخستین را از این راه حفظ کردند .

### عصر نهضت

در عصر تقلید که وصف آن گذشت ، بدعت‌ها و خرافه‌های ناشی از پندار و نادانی فزونی یافت و طرز تفکر مردم به‌جمود گرائید و کار بدانجا کشید که به‌آراء ونظریات برخی از قدما مقید و وابسته شدند و روح اصلی‌شریعت‌را از دست‌دادند. از اینرو برخی ازفقهای اسلامی به‌این تقلید تن درندادند و به‌لزوم اجتهاد و مراجعه به‌مصادر اصلی قانونگذاری (کتاب وسنت) آشکارا پرداختند و از این جهت مذهب آنان مذهب «سلف‌صالح» نام گرفت،

تقی‌الدین‌بن‌تیمیه وابن‌قیم جوزیه از فقیهان‌حنبلی‌قرن هشتم هجری(چهاردهم میلادی ) را میتوان از احیا کنندگان این روش دانست . در قرن دوازدهم هجری (هیجدهم میلادی ) محمد بن عبدالوهاب پیشوای جنبش « وهابی » در شبه جزیرهٔ عربستان از روش آنان پیروی کرد و نیز اخیراً در قرن نوزدهم جمال‌الدین افغانی وشیخ محمد عبده و شاگردان ایندو قیام کردند و به توحید مذاهب و ترك تقلید و مراجعه بمصادر اصلی شریعت و دوری جستن ازبدعتها وخرافه‌ها دعوت کردند .

درنتیجه‌قوانین شریعت‌اسلام براساس‌نصوص ومدارك‌اصلی وبرپایهٔ‌نیازمندیهای تمدن امروزی مورد بررسی قرار گرفت .

### روش فقه اسلامی

پس از این بیان مختصر از دوره‌های تطور قانونگذاری اسلام ناگزیریم روشی را که اساتید فقه درتحقیقات وبررسی‌های‌خود ازآن پیروی کرده‌اند ، اجمالا

بچهٔ شیرخوار آن نیز تابع مبیع است[1].

٤ـ «باسقوط اصل فرع نیز ازبین میرود» (مادهٔ ٥٠) . بدین معنی که بامنتفی شدن اصل ، تابع وفرع نیز منتفی میشود[2]. پس اگر کسی ، خودبری گردد، کفیل او نیز بری میشود (مادهٔ ٦٦٢) .

ولی این قاعده با قاعدهٔ دیگری که از کتاب الاشباه مأخوذ است ، مقید شده است وآن اینست که : «گاهی فرع بدون ثبوت اصل اثبات پذیر است . مثلا اگر کسی بگوید که فلانی بهفلانی این اندازهبدهی دارد ومن ضامن آنم ، پس اصیل یعنی مدیوندرمقامانکار برآید وبستانکار بهضامن مراجعه کند ، پرداخت آن برضامنلازم است» (مادهٔ ۸۱) . اینجاست کهبا عدم ثبوت بدهیبدهکار اصیل (مدیون) بدهیضامن که فرع برآنست ثابت میگردد[3]. واین نیز دلیلی دیگربرای اثبات این نظریهاست که اعتبار دعاوی بستگی باثبات آنها در دادگاه دارد .

٥ـ «اگر چیزی باطل گردد ، برمنضمات آن نیز قلم بطلان کشیده میشود» (مادهٔ ٥٢) . مثلا اگرمیان دونفر عقد خرید وفروشی بسته شود ویکی ازآنها دیگری را از برخی از التزامات عقد بری سازدوآنگاه بعلتی اصل بیع باطل گردد ، ابراء مذکور نیز باطل میشود . چه با بطلان عقد منضمات آن نیز از میان میرود زیرا،

---

۱ـ مادهٔ ۱۱۹۴ و ۲۳۱ از مجله.

۲ـ ازکتاب الاشباه . ونیز در همانجا آمده است : « الفرع یسقط اذا سقط الاصل». ابن‌نجیم (ص ۴۸) ، وسیوطی (ص ۸۱ـ۸۲) ودر المجامع چنین است « یسقط الفرع بسقوط الاصل» (المنافع ص ۳۳۴) .

۳ـ در ذیل همین ماده ، این مثال را برای توضیح آوردهاند ، از اینرو بهنقلآن، بدون توجه بهآراء ومذاهب دیگر ، مبادرت شد .

«آنچه برفاسد مبتنی باشدخود نیز فاسد است»[۱].

٦ـ درالمجامع قاعدهٔ دیگری‌بهمین معنی آمده است که: «وجودفرع‌مخصوص به‌اصلی دلیل وجود همان اصل است»[۲]. بعبارت روشنتر وجود فرعی که بنای آن بر اصل استوار است‌حاکی از وجود همان اصل‌است . مثلا ضمانت‌فرع وجود دین‌است و وجود آن از وجود دین حکایت میکند.

**ابتداء وبقاء**

در شریعت مقرراتی وجود دارد که از صحت برخی از معاملات و تصرفاتیکه بصورت مستقل‌انجام میگیرند ممانعت میکند . مثلا درمذهب حنفی ، بخلاف دیگر مذاهب، هبهٔ سهم مشاع درملك مشترك ، اگر قابل‌افراز وتفکیك باشد جائز نیست[۳].

اما اگراین نوع معامله به‌تبع معاملهٔ دیگریعنی بصورت ضمنی انجام گیرد، صحیح است . مثلا اگر کسی ملکی را بطور کامل بدیگری ببخشد و سپس شخص ثالثی‌مدعی مالکیت‌نصف آن گردد وحق‌خودرا ثابت کند هبه نسبت به‌نصف باقیمانده جاری میشود و این همان نصف مشاعی است که هبهٔ آن در ابتداء روا نبود ولی بقای آن بصورت اخیر جائز است[۴].

واین معنی در الاشباه[۵] ومجله بدین صورت آمده است که : «البقاء اسهل من

---

۱ـ هر دو قاعده از الاشباه ابن‌نجیم‌است ، ص ۱۵۷ـ۱۵۸ . ومثال نیز الاشباه‌است که در مادهٔ ۱۵۶۶ مجله نقل شده است.

۲ـ المنافع ، ص ۳۲۶.

۳ـ در این خصوص به‌ابلاغیهٔ نظارت عدلیهٔ عثمانی ، در«روزنامهٔ محاکم» ص ۸۵۳ رجوع شود .

۴ـ در مذهب امامیه چنین قاعده‌ای نیست و هبهٔ سهم مشاع نیز بلامانع است . مترجم

۵ـ از ابن‌نجیم ، ص ۸۹ .

الابتداء ـ بقاء آسانتر ازابتداء است» (مادهٔ ٥٦) . ویا «آنچه در حالت ابتداء جائز نیست ممکن است در حالت بقاء جائز باشد[۱] . مثال آن اینکه هبهٔ حصهٔ مشاع روا نیست ولی اگر ملکی را هبه کند که در واقع حصهٔ مشاعی از آنرا استحقاق دارد هبه نسبت به حصهٔ مزبور باطل شمرده نمیشود ، با اینکه استحقاق او به سهمی شایع است» (مادهٔ ٥٥) .

آنچه در مجله بنقل از الاشباه[۲] آمـده است تقریبـاً بدین مضمون است : «نسبت به توابع چشم پوشیهائی میشود کـه در موارد دیگر جائز نیست ، پس اگر خریدار فروشنده را وکیل در قبض مبیع کند این وکالت صحیح نیست . ولی اگر جوالی دراختیار فروشنده بگذارد تامبیع را کیل کند ودر آن جای دهد وفروشنده نیز چنین کند ، این عمل در حکم قبض خریدار است» (مادهٔ ٥٤) . این مثال ونیز چند مثال دیگر در کتاب جامع الفصولین در فصل « ما یثبت ضمناً و حکماً ولا یثبت قصداً»[۳] بیان شده است.

مثال دیگر ، وقف اموال منقول ، مثل وقف کردن گاوی به‌تنها ، در مذهب حنفی جائز نیست[۴] . ولی اگر این‌وقف به‌تبع ملکی که مال منقول در آنست‌صورت گیرد جائز است مثل وقف مزرعه‌ای بـا گاو[۵].

---

۱ـ در اشباه ابن‌نجیم (ص ۴۹) وشرح المجامع (ص۳۳۴) بعبارات گوناگون ذکر شده است .

۲ـ از سیوطی (ص ۸۳) واز ابن‌نجیم (ص۸۷) ونیز درهمین کتاب است : «یغتفر فی الشیء ضمناً مالایغتفر قصداً».

۳ـ ج ۲ ، ص ۳۲۱ .

۴ـ مذهب شیعه بخلاف آنست ودراین مذهب وقف هرگونه مال‌منقول بارعایت‌شرایط رواست . مترجم

۵ـ الاختیار شرح‌المختار ، ج ۲ ص ۱۰٦.

وشبیه همین قاعده است قاعدهٔ «المنع اسهل من‌الرفع ـ منع از رفع آسانتر است». مثال آن اینکه « اسلام از رقیت وبردگی ، در آغاز ، جلوگیری می کند ولی پس از حصول رقیت ، رافع آن نیست »[1]. بدینمعنی که در اسلام جائز نیست مسلمانی را به بردگی گرفت ولی اگر بنده‌ای مسلمان شود ، بسبب مسلمان شدن رقیت او زایل نمیشود.

**غرامت برعهدهٔ استفاده‌کننده است[2]**

از مبادی اولیهٔ عدالت که در مجله آمده است یکی قاعدهٔ «غرامت برغنیمت برنده است. یعنی هر کس که از چیزی سود میبرد ، باید ضرر آنرا نیز متحمل‌شود» (مادهٔ ۸۷) . این قاعده از المجامع[3] اقتباس شده وموارد آن بسیار است .

بموجب مادهٔ ۱۳۰۸ مجله «ملك مشترك چنانچه نیازمند به‌تعمیر و ترمیم‌باشد، صاحبان سهام مشترکاً ، به‌نسبت سهم خود ، آنرا تعمیر میکنند» . زیرا هیچ یك از شرکا نمیتواند فقط به‌جلب منفعت بپردازد وخودرا از تحمل‌ضرر و زیان ، به‌نسبت سهم‌خود ، دورنگهدارد . وهمچنین درقانون اسلام بر وارث‌است که دیون وبدهی‌های مرده را ، بـه نسبت سهم خود ، از ترکـه بپردازد . همچنین گاهی[4] پرداخت نفقه

---

۱ـ القواعد از ابن‌رجب قاعدهٔ ۱۳۴ ، ص ۳۰۰ـ۳۰۱.

۲ـ این قاعده در مذهب شیعهٔ امامیه هم پذیرفته شده است . مترجم

۳ـ المنافع ص۳۲۶ ومثل لاتینی است: *Ubi emolumentum ibi onus* .

۴ـ علت اینکه موضوع را باکلمهٔ «گاهی»آوردیم اینست که گاهی نفقه بدون توجه به‌استحقاق در ارث، واجب میشود . مثلا اگر برای‌کسی‌کـه نادار است ، دائی وپسر عموی ابوینی یا ابی باشد ، در مذهب حنفی نفقهٔ او برعهدهٔ دائی است در صورتیکه پسر عمو وارث اوست نه‌دائی .

برخویشاوندان ، به‌نسبت استحقاق آنان در میراث ، واجب میشود.

عکس قاعدهٔ فوق‌هم صحیح است . وبطوریکه درمجله[1] آمده : «نعمت‌باندازهٔ نقمت ونقمت باندازهٔ نعمت است. » ( مادهٔ ۸۸ ) . و مثال عکس این قاعدهٔ کلی «الخراج بالضمان»است. چه ، معنی خراج ، منافع ونتایج و ثمرات حاصله است ، ومعنی ضمان مخارج هزینه‌های لازم وزیان‌هائیست که باید تحمل کرد.

این قاعده که حدیث نبوی[2]است در مجله چنین تفسیر شده است : « هر کس ضامن چیزی ، درصورت تلف بشود، در مقابل ضمان ، از آن بهره‌مند میشود . مثلا اگر مشتری ، حیوانی را بـا استفاده از خیار عیب پس بدهد به‌پرداخت اجرت به نسبت مدتی که از آن استفاده برده است ملزم نمیشود ، زیرا اگر این حیوان ، در مدتی که در اختیار مشتری بود ، تلف میشد ، در حقیقت ملك و مال مشتری بود که تلف شده بود» (مادهٔ ۸۵)[3]. یعنی اگر کسی حیوانی را خریداری کند و معلوم شود که معیوب است ، وبعلت وجود عیب آنرا بفروشنده پس دهد خریدار به پرداخت اجرت حیوان به‌نسبت مدتی که دراختیار اوبود ، ملزم نیست . زیرا که اگرحیوان

---

۱ـ درمثال لاتینی است: *Qui sentit commodum sentire debet et onus;é contra*

۲ـ به‌نقل ازسیوطی در الجامع‌الصغیر ، شمارهٔ ۴۱۳۰ ازکتب سنن چهارگانه ومسند احمد ومستدرك‌حاکم. ولی ابن‌حزم در صحت این حدیث تردیدکرده است . رك ، المحلی ، ج ۸ شمارهٔ ۱۲۵۹ .

۳ـ در حقوق شیعهٔ امامیه در خصوص تلف مبیع بحکم قاعدهٔ کلی « التلف فـی زمن الخیار ممن لاخیارله» نظریات حقوقدانان برعکس نظرفوق است . برای روشن شدن موضوع مادهٔ ۴۵۳ قانون مدنی ایران عیناً درج میشود : «در خیار مجلس وحیوان وشرط اگر مبیع بعد از تسلیم ودر زمان خیار بایع یـا متعاملین تلف یا ناقص شود . برعهدهٔ مشتری است . و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بعهدهٔ بایع است » برای مطالعهٔ بیشتر بکتب فقه شیعهٔ امامیه مراجعه شود. مترجم

در خلال همین مدت تلف میشد در حقیقت از کیسهٔ او تلف‌شده بود وارتباطی بفروشنده نداشت . بعلاوه هزینهٔ نگهداری از حیوان در این مدت بعهدهٔ خریدار بوده است، پس «خراج حیوان در قبال ضمان» حق او بود .

### اثر نهی قانونی

در این مورد دوقاعدهٔ کلی وجود دارد که درمجله از کتاب الاشباه والنظائر[1] نقل شده‌است . وازآندویکی«هرآنچه گرفتنش حرام است ، دادنش هم حرام است» (مادهٔ ۲٤) . مثال آن ورشوه رباست که رشوه و ربا گرفتن همچنین رشوه وربا دادن هردو ، حرام است . فقهاء فقط حالت اضطرار را از این‌قاعده استثنا کرده‌اند[2]. مثلا اگر ولی طفل از استیلای غاصب برمال صغیر بیمناك شودجائز است برای‌استخلاص آن چیزی بپردازد . قاعدهٔ دیگر « آنچه انجام دادنش حرام است خواستنش نیز حرام است » ( مادهٔ ۳۵ ) . مثلا دزدی یا گواهی بدروغ همچنانکه انجام دادن آنها حرام است از کسی خواستن تا مرتکب آنها شود ، نیز در همین‌حکم است .

### تعارض مقتضی ومانع

مقتضی سبب انجام عمل ومانع‌سبب عدم انجام‌آن است . چنانچه این دوسبب در موردی باهم تعارض کنند، پس کدامیك را باید ترجیح‌داد ؟ باتوجه به‌قواعد کلی منقول در کتاب الاشباه[3] و مجله : « اگر مانع و مقتضی با یکدیگر تعارض کنند ،

---

۱ــ از ابن‌نجیم (ص ۶۳) و از سیوطی (ص ۱۰۲).

۲ــ در حالت غیر اضطرار ، استثناء مواردی‌نیز یافت‌شده‌است. مثلا اخذ مال‌مسروقه از کسی حرام است ولی پس دادن آن بصاحبش حرام نیست بلکه واجب است. مترجم

۳ــ از ابن‌نجیم (ص۴۷) واز سیوطی (ص۸۰) .

تقدم از آن مانع است . پس راهن نمیتواند مالی را که به گرو گذاشته است ، تازمانی که در تصرف مرتهن است ، بفروشد » (مادهٔ ٤٦) .

در مثال مذکور دو سبب در «مال گروی» جمع شده است ، یکی ملکیت است که اقتضامیکند مالك حق هر گونه تصرفی را که بخواهد ، درملك خود داشته باشد ، و دیگری مانع است که از لزوم بقای مال گروی در تصرف بستانکار مرتهن ناشی شده است ، و بدهکار راهن را از تصرف بازمیدارد . قاعدهٔ مذکور سبب مانع را برسبب مقتضی ترجیح میدهد واز تصرفات راهن در مال گروی ، تا زمانیکه در دست مرتهن است ، جلوگیری می کند[1] تصرفی برخلاف آن بنماید .

این قاعده ، در حقیقت ، ازقاعدهٔ دیگری منفرع شده است : «هر گاه حلال وحرام بایکدیگر برخورد کنند غلبه با حرمت است» و گفته اند که این قاعده مستند به حدیثی است بدین عبارت : «ما اجتمع الحلال و الحرام الاغلب الحرام الحلال ـ حلال و حرام در جائی برخورد نکنند جز اینکه حرام برحلال غلبه کند»[2].

---

۱ـ چنین است در مجله (مادهٔ ۷۴۷) . ونیز در قانون لبنان راهن نمی تواند مال گروی منقول را بفروشد مگر اینکه فرصت مناسبی برای فروش آن پیش آید وبا اجازهٔ قاضی به این کار اقدام کند ( رك ، مادهٔ ۱۴ تصویبنامهٔ شماره ۴۶ ل مورخ تشرین ثانی سال ۱۹۳۲ که در روزنامهٔ رسمی شماره ۲۷۳۶ سال ۱۹۳۲ منتشر شده است) . اما در موارد تأمین غیر منقول راهن میتواند ملك مزبور را به شرط بقای تأمین ، بفروشد ( بمواد ١٤٦ و ۱۴۷ از قرار مالکیت ، شماره ۳۳۳۹ که قبلا ذکر شد).

۲ـ این حدیث را زیلعی در شرح الکنز ( ج ۶ ، ص ۵۴ ) آورده است و سیوطی (در الاشباه ص ۴۸) میگوید که بیهقی این حدیث را ضعیف شمرده است ، و عبدالرزاق آنرا در کتاب خود به ابن مسعود نسبت داده است . حافظ عراقی این حدیث را بی پایه دانسته همچنین محمد بشیرازهری در کتاب تحذیرالمسلمین ، ص۸۱ آنرا در ردیف احادیث ساختگی آورده است.

### تغییر سبب ملك

بموجب مادهٔ۹۸ مجله «تغییر درسبب مالکیت‌جایگزین تغییر در خودآنست» (مادهٔ ۹۸) . این قاعده در المجامع با عبارت فوق و نیز با این عبارت : «اختلاف اسباب بمنزلهٔ اختلاف اعیان است»[۱] آمده است که هر دو را با مثلی روشن میسازیم: در مذهب حنفی ومجله‌واهب (بخشنده) حق دارد که دربرخی موارد ازهبهٔ خودباز- گردد . ولی رجوع واهب موانعی قانونی دارد . از جمله تغییر عین موهوبه در دست موهوب‌له است . مثلا اگر عین موهوبه گندم باشد وموهوب‌له آنرا بصورت آرد در آورد (مادهٔ ۸٦۹) . دیگر از موانع فوق،تغییرسبب ملکیت‌است، مثلا گر موهوب‌له عین موهوبه را بفروشد ویااز راه هبه وتسلیم‌آن بدیگری آنرا از ملکیت‌خودخارج سازد (مادهٔ ۸۷۰) .

مانع رجوع در حالت اول تغییر وضع عین یا ذات شیٔ است و در حالت‌دوم تغییر سبب ملکیت یعنی انتقال آن از موهوب‌له به شخص دیگری است . و هر دو در یك حکم‌اند . چه «تغییر در سبب مالکیت جایگزین تغییر درخودآنست» .

### استعجال

هر چیزی در گرو زمان بخصوصی است ، حتی در امور حقوقی . مجله‌چنین آورده است : «هر کس در بدست آوردن مالی پیش از رسیدن زمان‌آن شتاب کند، کیفر او در محروم شدن ازآنست» (مادهٔ ۹۹)[۲].

مثال‌آن وارثی‌است که با کشتن مورث‌بخواهد زودتر به‌تر که دست‌رسی‌یابد،

---

۱ـ المنافع ، ص۳۱۰ و ۳۱۵ .

۲ـ از الاشباه ابن نجیم (ص٦۳) ، واز سیوطی (ص۱۰۳) والقواعد ابن‌رجب (قاعدهٔ ۱۰۲ ، ص ۲۳۰) .

وچون قتل از موانع ارث‌است از اینرو از ارث محروم میشود . همچنین اگرموصی له (کسیکه وصیت بنفع اوست) موصی (وصیت کننده) را بکشد، وصیت باطل‌میشود.

اما موارد مستثنی از این قاعده ، همچنانکه سیوطی دریافته است ، بیشتر از این است : اگر بستانکار بدهکاری راکه بدهی او مؤجل است بقتل رساند نه تنها از طلب خود محروم نمیشود بلکه منتظر مدت نیز نمیماند وطلب او حال و معجل میگردد[۱] .

بنظر برخی از حقوقدانان اسلام ، مانند ابن حزم ، حرمان قاتل از میراث هیچگونه ربطی بشتاب زدگی او در استفاده از ارث ، پیش از زمان مقرر ندارد و عده‌ای دیگر از آنان ، مانند زهری و سعید بن جبیر و غیره ، قاتل عمد را از نظر حقوقی وارث میشمارند[۲] .

## قواعد دیگر

در کتابهای الاشباه والنظائر ودر مقدمهٔ مجلهٔ احکام‌عدلیه قاعده‌های دیگری نیز آمده است که بحث دربارهٔ آنها را به فصول مربوط در کتاب دیگر خود بنام «النظریة العامة للموجبات والعقود فی‌الشریعة الاسلامیة» موکول شده است.

و این قواعد بطور کلی به‌عقود و کارهای غیر مباح ، یعنی به‌تصرفات شرعی اعم از قولی وفعلی ، ونیز به‌اعمال فضولی و درآمدهای غیر مشروع ومطالبی ازاین قبیل ، مربوط است .

موضوع بحث و نیز ترتیب علمی‌آن بعلاوه‌جلوگیری از تکرار سبب شد که بحث در این زمینه را بتأخیر افکنیم .

---

۱ـ مسألهٔ مذکور بهیچوجه قابل قیاس با دو مسألهٔ اول نیست. مترجم

۲ـ المحلی ، ج ۹ ، شمارهٔ ۱۸۴۰ ، ص ۴۷۹ .

این قواعد در مقدمهٔ مجله آمده است[1] :

مادهٔ ۳: العبرة فی‌العقود للمقاصد والمعانی لاللالفاظ والمبانی ... اعتبار در عقود به‌مقاصد ومعانی‌است نه‌به‌الفاظ ومبـانی . «بشرحی که در فصل‌سوم‌ازباب پنجم همین کتـاب گذشت . مترجم»

مادهٔ ۱۹: لاضرر ولاضرار . زیان و زیان رساندن ( دراسلام) وجود ندارد . «غرض از لاضرر نفی هر گونه تجاوز غیر قانونی وهر گونه‌اضراری است از فردی نسبت به‌فرد دیگرولاضرار مؤید ومکمل آنست ، ودراین مورد بحث‌های مفصلی‌شده است . این ماده عین عبارت حدیث نبوی‌لاضرر ولاضرار (فی‌الاسلام) است که پیغمبر اسلام (ﷺ) دربارهٔ مردی‌بنام سمرة‌بن‌جندب فرمودند . بنظر فقیهان امامیه‌اصلی وجود دارد بنام ( اصل تسلیط ) که مستخرج است از حدیث ( النـاس مسلطون علی اموالهم) وبموجب این اصل هر کس میتواند در مال وملك‌خود هر گونه تصرفی که بخواهد بکند . و اصل دیگری وجود دارد بنام (لاضرر و لاضرار ...) که برقاعدهٔ تسلیط حکومت‌میکند وموضوع آنرا در مواردی که‌تصرف شخص درملك ومال‌خود موجب زیان دیگری باشد محدود میسازد . مترجم»

مادهٔ ۲۰: الضرر یزال ، ضرر باید رفع شود . «یعنی هر کس تجاوزی زیان آور علیه دیگری انجام دهد به‌جبران آن محکوم ومکلف‌است . این یکی‌ازقواعد مهمی است که تعادل اجتماعی افراد حقیقی وحقوقی را تأمین میکند . مترجم»

مادهٔ ۲۵: الضررلایزال بمثله . ضرر را باضررجبران‌نتوان کرد . «یعنی‌شخص متضرر نمیتواند بمنظور قصاص وانتقام ازشخص متجاوز موجبات ضرر و زیان او را

---

[1] ـ مؤلف در اینجا تنها بنقل قواعد ، اکتفا جسته است ولی ما پس از نقل قواعد و ترجمهٔ آنها توضیح مختصری نیز اگر لازم باشد، دربارهٔ هریك‌ازآنها درگیومه میاوریم . مترجم

بیان کنیم .

ازاختلافیکه میان اهل رأی واهل حدیث پدیدارشده بود، پیشتر سخن‌راندیم مثلی که بتواند اجمالا نوع این اختلاف را روشن سازد ، در اینجا نقل میکنیم . در تفسیر این حدیث شریف : «لاتبیعواالثمرحتی‌یبدو صلاحه» اختلاف کرده‌اند. پیروان حدیث معنی «صلاح» را ظهور نضج میوه وپیدایش شیرینی آن دانسته‌اند بنابراین‌بیع میوه‌های نارس را ضمن میوه‌های رسیده روا نمیدانند ولی طرفداران رأی «صلاح» را ایمنی از فساد وتباهی گرفته‌اند و چنان بیعی در نظرآنان روا وجائزاست.[۱،۲]

اگر بخواهیم مذاهب سنی را از جهت توسع در رأی طبقه‌بندی کنیم لازمست مذهب حنفی را در مقام اول و مذهب ظاهری را در ردیف آخر و مذاهب شافعی و مالکی وحنبلی‌را بترتیب دراین میان درجه‌بندی کنیم . گرچه ترتیب مذکورتقریبی و اجمالی است وچه بسا درمواردی بخصوص قضیه بعکس باشد ودر برخی از مسائل اختلاف نماید مثلا همانطوریکه خواهیم دید در پذیرفتن گواهی گـواه واحد مذهب حنبلی در توسعه قیاس‌دست خودرا بالاتر از مذهب حنفی گرفته است ، واز اینقبیل:

واختلاف میان پیشوایان مذاهب بههمین صورت میان شاگردان ایشان ادامه نیافت و دیده شدکه بسیاری از شاگردان یك‌امام بهشهرهای دیگر کوچ کردند وبا

---

۱ـ رجوع شود بهکتاب النظرية العامة للموجبات والعقود فی‌الشريعة الاسلامية (ج ۲ ص ۷۴ـ۷۵) ومادهٔ ۴۰۷ از المجله .

۲ـ در میوه سه حالتست : ۱ـ پیش از ظهور ، ۲ـ پس از ظهور وپیش از بدوصلاح، ۳ـ پس از ظهور وپس از بدوصلاح . قطع نظر از اینکه بدوصلاح باختلاف میوهها گوناگون میباشد بنظر فقهای شیعهٔ امامیه بیع میوه پیش از ظهور و پدید آمدن جائز نیست و بعد ازآن وقبل از بدو صلاح اصولا روانیست مگر بشرط چیدن ویاضمیمه نمودن بهچیزیکه مالیت دارد ویا ضمیمه نمودن بهمیوه و محصول سال آینده یعنی بیع ثمرهٔ دو سالهٔ باغ و اما بیع میوه بعد از ظهور وبدو صلاح جائز و صحیح است . وآنچه بیان شد قول مشهور میباشد ـ مترجم.

فراهم سازد بلکه او مطابق مادهٔ ۲۰ باید در مقام جبران زیان برآید . مترجم»

مادهٔ ۵۳. اذا بطل الاصل یصار الی البدل . اگر اصل ازبین برودباید به‌بدل آن متوجه شد . «لفظ بدل اعم از مثل وقیمت است . این قاعده‌نیز از قواعد مهم مربوط بالزامات است . اگر کسی عین مال دیگری را تلف کند ، درصورت مثلی بودن‌مثل والا قیمت آنرا ضامن‌است . مترجم»

مادهٔ ۵۷ : لایتم التبرع الا بقبض ... تبرع کامل نمیشود مگر با قبض . «امر تبرعی وعقود بلاعوض مانندهبه و وقف وغیره دو سند قضائی‌لازم دارند یکی جریان عقد ، یعنی ایجاب وقبول ودیگری قبض و اقباض وتسلیم وتسلم است . وشرط اخیر از شرائط لازم وقوع قضیه است وبدون آن تبرعات اتمام‌نمیپذیرند و واهب یاواقف ویا متبرع میتوانند از قول خود رجوع وعقد تبرعی را بهم بزنند . مترجم»

مادهٔ ۵۸ : التصرف علی‌الرعیة منوط بالمصلحة . تصرف در امور رعیت باید منوط بمصلحت باشد . « بهمان نحویکه ولی و قیم بهنگام اقتضاء مصالح می‌تواند در اموال مولی علیه تصرفاتی به نفع او کند ، دولت نیز بهنگام ایجاب مصالح مردم میتواند در امور آنان هرگونه دخالت وتصرف را بنماید. مترجم »

مادهٔ ۵۹ : الولایة الخاصة اقوی من الولایة العامة . ولایت خاصه از ولایت عامه قوی‌تر است . « این قاعده قابل نظر و تأمل است . چه ولایت عامه که حافظ حقوق و حدود عمومی است باید برهر قدرت دیگری حتی‌ولایت خاصه برتری‌داشته باشد . چه‌حق عمومی مقدم برحق فرد است . مترجم»

مادهٔ ٦۷ : لاینسب الی ساکت قول ، لکن السکوت فی‌معرض الحاجة‌بیان. به‌شخص ساکت گفتاری نسبت داده نمیشود ، اما سکوت در مقام حاجت بمنزلهٔ‌بیان است : «مثلا در فقه شیعهٔ‌امامیه سکوت باکره در امر ازدواج ظاهراً دال بر رضای او وبمنزلهٔ بیان است . مترجم»

مادهٔ ۶۹ : الکتاب کالخطاب . نوشته و نگارش مانند خطاب و بیان است . «بلکه درحقوق امروزه اسناد تنظیمی و نوشته‌ها بمراتب قویتر واز ارزش قضائی بیشتری بهره‌مندند . مترجم»

مادهٔ ۷۰ : الاشارات المعهودة للاخرس کالبیان باللسان . اشارات معمول برای اشخاص گنك در حکم بیان از راه زبان است .

مادهٔ ۷۲ : لاعبرة بالظن البین خطؤه. گمانی که خطای آن آشکار است هیچگونه اعتباری ندارد . «در فصل چهارم از باب پنجم همین کتاب ، در مورد ارزش اثبات اجمالا به این قاعده اشاره شد . مترجم»

مادهٔ ۸۲ : المعلق بالشرط یجب ثبوته عند ثبوت الشرط . هر آنچه به امر دیگری تعلیق شود ثبوتش به ثبوت شرط مترتب است .

مادهٔ ۸۳ : یلزم مراعاة الشرط بقدرالامکان . رعایت شرط تا حد امکان لازم است .

مادهٔ ۸۴ : المواعید باکتساء صورالتعالیق تکون لازمة ... پیمان ها با تحقق شرائط مربوط لازم‌الاجراء میشوند . «این ماده در واقع مؤید و متم مادهٔ ۸۲ است وبموجب آن هرگاه تعلیق‌ها وشرائط محقق شوند ، پیمان‌ها لازم الاتباع میگردند. مترجم»

مادهٔ ۸۶ : الاجر و الضمان لایجتمعان . اجر و ضمان قابل جمع نیستند . «مثلا اگر کسی که برای کاری اجیر شده است در حین کار بمیرد و یا چیزی که بمنظور استفاده ازآن ، به‌اجاره داده شده است درحین استفاده از بین برود ، موجر در مورد اول ومستأجر در مورددوم ضامن نیست ومسئولیتی متوجه او نمیشود . واین بخلاف تئوری معروف خطر «*Risque*» است که بلحاظ پیشرفت صنایع ماشینی درحقوق امروز پدید آمده است . مترجم»

مادهٔ ۸۹ : یضاف الفعل الی الفاعل لاالآمر مالم یکن مجبراً . چنانچه اجباری در کار نباشد ، نسبت فعل به‌فاعل داده میشود نه به‌دستور دهنده . « بنابراین قاعده اگر بکسی فرمان داده شود که زیانی بدیگری وارد آورد شخص فاعل دربرابر زیان دیده مسئول و ضامن خسارت وی است مگر اینکه ثابت شود فـاعل مذکور مجبور بوده است . مترجم»

مادهٔ ۹۰: اذا اجتمع المباشر والمتسبب یضاف الحکم الی المباشر... اگرسبب ونیز مباشری درکار باشد مسئولیت متوجه مباشر میگردد . «بموجب این قاعده اگر کسی سبب تلف مال دیگری را ایجاد کند ولی میان این سبب و اصل عمل اضراری، فعل مختاری واسطه گردد ، مسئولیت وضمان متوجه واسطهٔ مذکور است که مبـاشر نامیده میشود. وبموجب مادهٔ ۳۳۳ قانون مدنی ایران که متخذ از فقه امامیه است : هرگاه یکنفر سبب تلف مالی را ایجاد کند ودیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه‌سبب ، مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحویکه عرفاً اتلاف، مستند باو شود . مترجم »

مادهٔ ۹۱: الجواز الشرعی ینافی الضمان ... جواز شرعی باضمان منافات دارد. «بموجب این قاعده اجازه و اختیار قانونی بـا مسئولیت شخص مجاز و مختار توأم نمیگردد وهر کس با اجازه واختیار قانون ویا بدستور قانون عملی انجام دهد کـه برای دیگری زیـان آور باشد هیچگونه مسئولیتی متوجه اونخواهد شد . مترجم»

مادهٔ ۹۲ : المباشر ضامن وان لم یتعمد . مباشر مسئول است اگرچه تعمدی نداشته باشد . «برای تأیید و توضیح مطلب مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی ایران عیناً درج میشود: هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آنست وباید مثل یـا قیمت آنرا بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد واعم از اینکه عین باشد یا منفعت واگر آنرا ناقص یـا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است. بنابراین

هیچگونه فرقی میان اضرار عمدی که اصطلاحاً بآن جرم مدنی واضرار غیر عمدی که اصطلاحاً آنرا شبه جرم مینامند ، نیست و هر دو بیك نحو از مصادر الزامات قهری بشمار میروند . مترجم»

مادهٔ ۹۳ : المتسبب لایضمن الابالتعمد . سبب وقتی ضامن است که تعمد داشته باشد . «سبب وقتی مسئول است کـه قصد و عمد داشته باشد ولی چنین امـری شرط مسئولیت مباشر نیست زیرا مباشر ، چه عمد داشته باشد وچه نداشته باشد ، در هر صورت ضامن است . مترجم»

مادهٔ ۹۴ : جنایة العجماء جبار . گزند وارد از جانب بهایم و حیوانات بهدر میرود . «در حقوق اسلام اصل این است که زیان‌ها و گزندهای ناشی از حیوانات ، برای صاحبانشان مسئولیت و ضمان ایجاد نمیکنند مگر اینکه ثابت شود صاحب حیوان در نگهداری آن تقصیر داشته است . و مادهٔ ۳۳٤ قانون مدنی ایران که از حقوق امامیه اتخاذ گردیده‌است میگوید : مالك یا متصرف حیوان ، مسئول خساراتی نیست که از ناحیهٔ آن حیوان وارد میشود ، مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد . لیکن در هرحال اگر حیوان بواسطهٔ عمل کسی منشاء ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود. مترجم»

مادهٔ ۹۵ : الامر بالتصرف فی‌ملك الغیر باطل . امر بتصرف در ملك دیگری باطل است . «وقتی تصرف در ملك غیرامری برخلاف قانون باشد ، امر بتصرف در ملك غیر نیز امری خلاف قانون است . مترجم»

مادهٔ ۹۶ : لایجوز لاحد ان یتصرف فی‌ملك الغیر بلا اذنه . برای هیچکس جایز نیست که در ملك غیر ، بدون اجازهٔ او تصرف کند .

مادهٔ ۹۷ : لایجوز لاحد ان یأخذ مال احد بلاسبب شرعی . برای هیچکس جایز نیست که مال دیگری را بدون سبب شرعی بر گیرد .

« این دو قاعده افراد را از تجاوز بحقوق و اموال یکدیگر منع میکنند . بموجب قاعدهٔ اول هر گونه تجاوز و تصرف درملك دیگری بدون اذن صاحبش ممنوع است (جزمعاملات فضولی که تنفیذ آنها نیز بسته باجازهٔ صاحب مال است) . قاعدهٔ دوم از مداخله در مال وملك دیگری بدون سبب قانونی ، ازقبیل ولایت یا قائمقامی و یا سبب تملیکی دیگر ، نهی میکند و چنان تجاوزی بموجب قواعدی مانند قاعدهٔ ضمان ید وقاعدهٔ ضمان مقبوض بعقد فاسدوضمان اتلاف وضمان غرور وضمان تسبیب موجب مسئولیت متجاوز میگردد . قواعد مزبور به آیهٔ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل...» وحدیث شریف «علی الیدمااخذت حتی تؤدی» و «لایحل مال امرء الابطیب نفسه» و «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» و گفتار امام جعفر صادق علیه السلام « کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لمایصیبه» مبتنی است . مترجم»

پایان

# مهمترین منابع ومآخذ کتاب[1]

**۱- قرآن کریم**


ابو نصر (هبةالله بن سلامة) ـ الناسخ والمنسوخ ، درحاشیهٔ اسباب النزول چاپ شده است .

رازی ( فخرالدین محمد ) ـ مفاتیح الغیب مشهور به تفسیر کبیر ، چاپخانهٔ عامره شرفی ، مصر، ۱۳۲٤ ه ، هشت جزء .

زمخشری(محمود) ـ تفسیر کشاف ، چاپخانهٔ مصطفی محمد، مصر ، ۱۳٥٤ه، چهار جزء .

زنجانی (ابوعبدالله) ـ تاریخ القرآن ، قاهره ، ۱۹۳٥ .

سلیمان (شیخ محمد) ـ حدث الاحداث الاقدام علی ترجمة القرآن ، مصر ، ۱۳٥٥ ه .

سیوطی (جلال الدین) ـ الاتقان فی علوم القرآن ، چاپخانهٔ معاهد ، مصر ، ۱۹۳٥ م ، دو جزء .


---

۱ـ مراجع دیگر خصوصاً قوانین و مجلات و فرمانها در پاورقی های مربوط درج شده است .

شرنبلالی ــ رسالة النفحة القدسیةفی احکام قرائة القرآن و کتابته بالفارسیة، مصر ، ۱۳۵۵ ه .

طبری (محمدبن جریر) ــ جامع البیان فی تفسیر القرآن ، مصر ، ۱۳۲۱ه، ۳۰ جزء .

محلی ( جلال الدین ) و سیوطی ــ تفسیر جلالین ، چاپخانهٔ حلبی ، مصر ، ۱۳۵۲ ه ، دو جزء[1] .

واحدی نیشابوری (ابوالحسن علی بن احمد) ــ اسباب النزول، چاپخانهٔ هندی، مصر ، ۱۳۱۵ ه .

وجدی (محمد فرید) ــ الادلة العلمیة علی جواز ترجمة معانی القرآن الی اللغات الاجنبیة ، مصر ، ۱۹۳۶ .

## ۲- سنت

ابن قیم جوزیه ــ زادالمعاد فی هدی خیرالعباد ، مصر ، ۱۹۳۴، چهارجزء .

ابن حنبل (احمد) ــ مسند ، چاپخانهٔ میمنیه ، ۱۳۱۳ ه ، شش جزء .

ابن قتیبه ــ تأویل مختلف الحدیث ، مصر ، ۱۳۲۶ ه .

ابو داود سجستانی (سلیمان) ــ السنن ، چاپخانهٔ مصطفی محمد، چهارجزء .

ازهری (محمد بشیر) ــ تحذیر المسلمین من الاحادیث الموضوعة ، مصر ، ۱۹۰۳ .

بخاری ــ الجامع الصحیح ، چاپخانهٔ حلبی ، مصر ، نه جزء .

بغوی (حسین بن مسعود) ــ مصابیح السنة ، چاپخانهٔ صبیح ، مصر، دوجزء .

ترمذی ــ السنن ــ چاپخانهٔ حلبی ، مصر .

۱ــ این چاپ در بیان شمارههای آیات کریمهٔ قرآن مورد اعتماد بوده است .

زرقانی ـ شرح الموطأ ، چاپخانهٔ مصطفی محمد ، مصر ، ۱۹۳۶ ، ٤جزء .
سیوطی ـ تنویر الحوالك شرح موطأ مالك ، مصر ، ۱۳٤۸ ه ، دو جزء .
سیوطی ـ الجامع الصغیر من حدیث البشیر النذیر، چاپخانهٔ مصطفی محمد، ۱۳۵۲ ه ، دو جزء .
سیوطی ـ الفتح الکبیر فی ضم الزیادة الی الجامع الصغیر، جمع النبهانی، ۱۳۵۰ ه ، سه جزء .
سیوطی ـ اللآلیء المصنوعة فی الاحادیث الموضوعة، چاپخانهٔ حسینیهٔ مصری، ۱۳۵۲ه ، دوجزء .
شافعی ـ اختلاف الحدیث ومسند شافعی (درحاشیهٔ کتاب الام) .
شوکانی (محمد بن علی) ـ نیل الاوطار شرح منتقی الاخبار، چاپخانهٔ حلبی، مصر ، ۱۳٤۷ه ، هشت جزء .
عینی (بدرالدین ) ـ عمدة القاری شرح صحیح بخاری ، چاپخانهٔ منیریه ، مصر ، ۱۳٤۸ ه ، ۲۵ جزء .
قاسمی (جمال الدین) ـ قواعد التحدیث من فنون مصطلح الحدیث ، دمشق، ۱۹۲۵ .
قدسی (حسام الدین) ـ الرد علی رسالة المغنی ، دمشق ، ۱۹۲۵ .
مسلم ـ صحیح الامام مسلم ، چاپ صبیح ، مصر ، ۱۳۳٤ ه ، هشت جزء .
مناوی ـ کنوز الحقائق فی حدیث خیر الخلائق ، مصر ، ۱۳۰۵ ه .
موصلی ـ رسالة المغنی عن الحفظ والکتاب ، مصر ، ۱۳٤۲ ه .
نسائی ـ السنن ، با شرح سیوطی ، چاپخانهٔ مصری،مصر ، ۱۹۳۰، ۸جزء .
نووی (محیی الدین) ـ شرح صحیح مسلم، چاپخانهٔ حجازی قاهره ، ۱۳٤۹ه، ۱۸ جزء .

**۳- علم اصول**

آمدی (سیف‌الدین) ـ الاحکام فی اصول الاحکام، چاپخانهٔ صبیح، مصر، ۱۳۴۷هـ، سه جزء.

ابن امیرالحاج ـ التقریر والتحبیر شرح‌التحریر، بولاق، ۱۳۱۶ ـ ۱۸هـ سه جزء.

ابن‌حزم ـ الاحکام‌لاصول الاحکام، چاپخانهٔ‌سعادت، مصر، ۱۳۴۵-۴۸هـ، ۸جزء.

ابن‌حزم ـ رسالة النبذ فی‌الفقه‌الظاهری، چاپخانهٔ انوار، مصر، ۱۳۶۰هـ.

ابن‌عبدالسلام(عزالدین) ـ قواعدالاحکام فی‌مصالح‌الانام، کتابخانهٔ‌حسینیه، مصر، ۱۹۳۴، دوجزء.

ابن ملک ـ شرح‌المنار، استانبول، ۱۳۱۴ هـ.

ابن تیمیه ـ رسالة معارج‌الاصول، مصر، ۱۳۲۳ هـ.

اسنوی ـ نهایة السول شرح منهاج الوصول (با منهاج البیضاوی چاپ شده است).

بهاری (محب‌الله بن‌عبدالشکور) ـ مسلم‌الثبوت، مصر، ۱۳۲۶ هـ، دوجزء.

بیضاوی ـ منهاج‌الوصول‌الی علم‌الاصول، چاپخانهٔ توفیق، مصر، سه‌جزء.

خضری (شیخ محمد) ـ اصول الفقه، چاپ دوم مصر، ۱۹۳۳.

رضا (محمد رشید) ـ رسالة یسر الاسلام و اصول التشریع العام، مصر، ۱۹۲۸.

سبکی (تقی‌الدین و تاج‌الدین) ـ الابهاج شرح المنهاج (با شرح اسنوی چاپ شده است).

سبکی (تاج‌الدین) ـ جمع الجوامع و شرح آن از محلی با حاشیهٔ بنانی، مصر، ۱۳۵۴هـ، دوجزء.

شاطبی (ابواسحق) ـ الاعتصام ، چاپخانهٔ مصطفی محمد ، مصر ، ۱۳۳۲ ه ، دو جزء .

شاطبی ـ الموافقات فی اصول الشریعة ، چاپخانهٔ رحمانیه ، مصر ، چهار جزء.

شافعی ـ الرسالة فی علم الاصول ، چاپخانهٔ علمیه ، مصر ، ۱۳۱۲ه .

شوکانی ـ رسالة القول المفید فی ادلة الاجتهاد والتقلید ، ۱۹۲۹ .

عضدالدین ( قاضی ) ـ شرح بر مختصر المنتهی از ابن‌حاجب ، ۱۳۰۷ ه ، دو جزء .

غزالی (ابوحامد) ـ المستصفی من علم الاصول ، مصر ، ۱۹۳۷ ، دوجزء .

کوز لحصاری (مصطفی) ـ منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق از ابوسعید خادمی ، استانبول ، ۱۳۰۸ ه .

۴ـ فقه حنفی

ابن بزاز ـ الفتاوی البزازیة یا الجامع الوجیز ( چاپ به حاشیهٔ الفتاوی الهندیة) .

ابن همام (کمال‌الدین) ـ فتح القدیر شرح الهدایة و حاشیهٔ آن العنایة ، بولاق ، ۱۳۱۵ ـ ۱۸ه ، هشت جزء .

ابن‌عابدین (محمد امین) ـ الحاشیة که رد المحتار علی الدر المختار نامیده شده است ، دارالسعادة ، ۱۳۲٤ ه ، پنج جزء والتکملة دو جزء .

ابن عابدین ـ شرح منظومة عقود رسم المفتی ، چاپخانهٔ معارف سوریه ، ۱۳۰۱ ه .

ابن‌عابدین ـ نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف ، چاپخانهٔ معارف سوریه ، ۱۳۰۱ ه .

پیشوایان دیگر ونیز باشاگردان آنان برخورد نمودند وازهم بهره‌ها گرفتند ومیان آنان جدال ومناظره وگفتگوهائی پدیدآمد[1].

وهمین سبب شد که زمینهٔ جدیدی بوجود آید که نظریات متعارض‌را بیکدیگر نزدیك سازد و روش اهل رأی و اهل حدیث بهم‌آمیخته شود وموجب پیدایش مکاتب میانه روی درتقریب آرای مختلف گردد . چنانچه این تقریب در مذهب جدیدشافعی ونظریات ابویوسف و طحاوی ودیگران آشکار است . حتی در کتب حنفیان احادیث فراوانی وجود دارد کـه مورد قبول اهل حدیث نیست و همچنین در مذاهب پیروان حدیث توسعی آشکار در اجتهاد دیده میشود مانند دلیل «مصالح مرسله» پیش‌مالکیان و «اتجاه عقلی ملموس» نزد نوآوران و احیاءکنندگان مذهب‌حنبلی مثل ابن‌تیمیه وابن قیم جوزیه .

و اما از نظر روش تحقیق ، دانشمندان فقه اسلامی در استدلال و استخراج آراء خود از نصوص موجود روش تحلیلی بکاربرده‌اند ودرجاهائی که نص نیافته‌اند باستقراء پرداخته‌اند ، بدینمعنی که فقیهان نص را بمنزلهٔ قاعده‌ای گرفته و سپس به‌تفسیر و تحلیل و استخراج نتایج و فروع پرداخته‌اند و در جائیکه نص نمی‌یافتند هوشمندانه احتراز میکردند تا از پیش خود قاعده سازی نکنند و در پیش‌آمدهای اتفاقی ونیز فروعیکه بهنگام درس عنوان میشد بررسی میکردند و با قیاس واجماع و دیگر ادلهٔ شرعیه ، باجتهاد حکم آنرا استنباط میکردند و اجتهاد آنان مبتنی بر استقراء وکاوش همراه با احتیاط و دور اندیشی بود . با توجه بمراتب مذکوراست که کلیهٔ فقیهان اسلامی نظریات خودرا در امورمدنی و کیفری بررسی کردند . ولی اینکار مانع از این نشد که دانشمندان متأخر قواعد اساسی حقوقی را از این بند رها کنند وبا روش علمی ومبسوط بمطالعهٔ آنها بپردازند .

---

۱ــ ضحی الاسلام ، ج ۲ ، چاپ اول ، مصر ، ۱۹۳۵ ، ص ۱۶۵ــ۱۷۰ .

ابن قاضی سماوة یا سماونة (شیخ محمود بن‌اسماعیل) ـ جامع الفصولین، چاپخانهٔ ازهریه، مصر، ۱۳۰۰ ه، دو جزء.

ابن‌نجیم (زین‌العابدین) ـ البحر الرائق شرح کنز الدقائق (و حاشیهٔ آن منحة الخالق‌از ابن عابدین)، چاپخانهٔ دارالکتب العربیة الکبری، مصر، ۱۳۳٤ه، هشت جزء.

ابن‌نجیم ـ الاشباه والنظائر، چاپخانهٔ حسینیهٔ مصری، ۱۳۲۲ ه.

ابن‌وهبان ـ منظومة الوهبانیة، در حاشیهٔ المحبیةچاپ شده‌است، ۱۲۹٦ه.

حصکفی (محمدعلاء الدین) ـ الدر المختار شرح تنویر الابصار، چاپخانهٔ الواعظ، مصر، دوجزء.

حموی (احمد بن محمد) ـ غمز عیون البصائر شرح الاشباه و النظائر، دارالطباعة العامرة، ۱۲۹۰ه، دوجزء.

خصاف ـ کتاب الحیل، قاهره، ۱۳۱٤ه.

داماد افندی (محمدبن سلیمان) ـ مجمع‌الانهر شرح‌ملتقی‌الابحر وحاشیهٔ‌آن الدرالمنتقی شرح الملتقی، دارالطباعة العامرة، ۱۳۲۸ه، دوجزء.

رملی (خیرالدین منیف) ـ الفتاوی الخیریة، دارالسعادة، ۱۳۱۱ه.

زیلعی (عثمان‌بن‌علی) ـ تبیین‌الحقایق‌شرح کنزالدقائق، بولاق، ۱۳۱۳-۱۵ه، شش‌جزء.

سرخسی (شمس‌الدین) ـ المبسوط شرح الکافی، چاپخانهٔ سعادت، مصر، ۱۳۳۱ه، سی‌جزء.

شیبانی (محمد بن‌حسن) ـ الجامع الصغیر (حاشیهٔ الخراج، چاپ‌بولاق).

شیبانی ـ الجامع‌الکبیر، چاپخانهٔ استقامت، ۱۳۵٦ه.

شیبانی ـ الامالی، چاپخانهٔ دارالمعارف العثمانیة، حیدرآباد دکن، ۱۳٦۰ه.

عالمگیر ـ الفتاوی الهندیة ، چاپخانهٔ میمنیه ، مصر ، ۱۳۲۳ه ، ۶جزء .
قاری (ملاعلی) ـ شرح الفقه الاکبر ، مصر ، ۱۳۲۳ه .
قاضیخان (محمود اوزجندی) ـ الفتاوی الخانیة (حاشیهٔ الفتاوی الهندیة) .
کاسانی (علاءالدین) ـ بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، مصر، ۱۳۲۷ـ۲۸ه، هفت جزء .
مرغینانی (برهان الدین) ـ الهدایة شرح بدایة المبتدی ، چاپخانهٔ خیریه، ۱۳۲۶ـ۲۷ه ، چهار جزء .
موصلی (عبدالله) ـ المختار وشرح آن الاختیار ، چاپخانهٔ حجازی ، مصر ، دو جزء .

**۵ـ فقه مالکی**

ابن جزی ـ القوانین الفقهیة فی تلخیص مذهب المالکیة ، فاس ، ۱۹۳۵ .
ابن عاصم ـ تحفة الحکام ، چاپخانهٔ مصطفی محمد، مصر ، ۱۳۵۵ه ، دوجزء .
ابن فرحون (ابراهیم بن محمد) ـ تبصرة الحکام ، مصر ، ۱۳۰۲ه، دوجزء .
تسولی (ابوالحسن) ـ البهجة فی شرح التحفة ، با التحفة .
حطاب (ابوعبدالله) ـ مواهب الجلیل شرح سیدی خلیل ، چاپخانهٔ سعادت ، مصر ، ۱۳۲۸ـ۲۹ه ، شش جزء .
خرشی ( عبدالله ) ـ شرح مختصر سیدی خلیل ، چاپخانهٔ عامره ، مصر ، ۱۳۱۶ـ۱۷ه ، پنج جزء .
عدوی ـ حاشیهٔ او برشرح خرشی (چاپ به حاشیهٔ خرشی) .
قرافی ـ الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام ، چاپخانهٔ انوار ، ۱۹۳۸ .
مالك (امام) ـ المدونة الکبری بروایت سحنون ، چاپخانهٔ سعادت ، مصر ،

۱۳۲۳ھ ، ۱۶ جزء .

مواق ــ التاج والاکلیل لمختصر خلیل (چاپ به‌حاشیهٔ حطاب) .

### ۶ـ فقه شافعی

ابن حجر ـ الفتاوی الحدیثیة ، چاپخانهٔ تقدم .

البصیر (ابوالفضل ولی‌الدین) ــ النهایة شرح الغایة والتقریب از ابوشجاع ، مصر ، چاپخانهٔ حجازی ، سه جزء .

رافعی ــ فتح‌العزیز شرح الوجیز (به‌ذیل کتاب المجموع چاپ شده‌است) .

سبکی (تقی‌الدین) ــ الفتاوی، مصر ، ۱۳۵۵ــ۱۳۵۶ھ ، دوجزء .

سیوطی ــ الاشباه والنظائر ، چاپخانهٔ مصطفی محمد ، ۱۹۳۶ .

شافعی ــ کتاب الام ، بولاق ، ۱۳۲۵ ھ ، هفت جزء .

شیرازی (ابواسحق) ــ المهذب ، چاپخانهٔ حلبی ، مصر ، ۱۳۴۳ھ، دو جزء .

غزالی ــ الوجیز ، چاپخانهٔ المؤید والآداب ، مصر ، ۱۳۱۷ ھ ، دو جزء .

مزنی ــ المختصر (به‌حاشیهٔ الام چاپ شده است) .

نووی ــ المجموع شرح‌المهذب وتکملهٔ آن ازتقی‌الدین سبکی، ۱۳۴۴-۵۳ھ، تا کنون ۱۲ جزء چاپ شده است .

نووی ــ منهاج الطالبین ، چاپخانهٔ خیریه مصر ، ۱۳۱۹ھ .

نووی ــ الفتاوی المعروفة بالمسائل المنثورة ، دمشق ، ۱۳۴۸ھ .

### ۷ـ فقه حنبلی

ابن قیم جوزیه ــ اعلام الموقعین عن رب العالمین ، چاپخانهٔ منیریه ، چهار جزء .

ابن‌قیم جوزیه ــ الطرق الحکمیة فی‌السیاسة الشرعیة ، مصر ، ۱۳۱۷ه .
ابن‌تیمیه ــ مجموعة الرسائل الکبری ، مصر ، ۱۳۲۳ه .
ابن‌تیمیه ــ فتاوی ، مصر ، ۱۳۲٦ــ۲۹ه ، پنج جزء .
ابن‌رجب(ابوالفرج‌عبدالرحمن) ــ القوائدفی‌الفقه‌الاسلامی، چاپخانهٔ‌الصدق الخیریة ، مصر ، ۱۹۳۳ .
ابن قدامه (موفق‌الدین) ــ کتاب المغنی ، چاپخانهٔ‌المنار ، مصر، چاپ دوم ۱۲ جزء .
ابن‌قدامهٔ مقدسی (شمس‌الدین) ــ الشرح الکبیر ( به ذیل المغنی چاپ شده است ) .

## ۸ـ مآخذ دیگر از مذاهب سنی

ابن حزم ــ المحلی ، چاپخانهٔ نهضت ، مصر، ۱۳٤۷ــ۵۲ه ، ۱۱ جزء .
ابن رشد (حفید) ــ بدایة المجتهد و نهایة المقتصد ، چاپخانهٔ صبیح ، مصر، چاپ‌اول، دو جزء .
دمشقی ــ رحمة الامة فی اختلاف الائمة (در حاشیهٔ المیزان الکبری بچاپ رسیده‌است) .
شعرانی (عبدالوهاب) ــ کتاب المیزان‌الکبری . چاپخانهٔ از هریه ۱۹۳۲ه، دو جزء .
صبری (محمد حافظ) ــ المقارنات و المقابلات ، مصر، ۱۹۰۲ .
قرافی (شهاب‌الدین) ــ الفروق ، مصر ، چاپ‌اول، ۱۳٤٤ــ٤٦ ه ، ٤جزء .
محمصانی (صبحی) ــ النظریة العامة للموجبات والعقودفی‌الشریعةالاسلامیة، دو جزء ، دارالکشاف ، بیروت، ۱۹٤۸ .

۹- کتابهای شیعه در فقه و اصول

باقر (حاج سیدمحمد) ـ وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل فی علم الاصول ، چاپخانهٔ تبریزی، ۱۲۹۰ه .

باقر (محمد) ـ حل‌العقول‌لعقد الفحول (باوسیلة الوسائل بچاپ‌رسیده‌است).

حرعاملی (محمدبن‌حسن‌بن‌علی) ـ وسائل‌الشیعة الی مسائل‌الشریعة، تهران، ۱۲۸۸ه ، شش‌جزء .

حسینی‌عاملی (محمدجواد بن‌محمد) ـ مفتاح الکرامة شرح قواعدالعلامة ، چاپخانهٔ شوری ، مصر ، ۱۳۲۳ ـ۲۶ه ، چاپ‌آن ناتمام است .

حلی محقق (جعفربن‌حسن) ـ شرائع‌الاسلام، چاپخانهٔ تبریزی ، ۱۳۲۰ه.

حیمی ـ الروض النضیر شرح المجموع (فقه زیدی) ، با تتمهٔ آن از حسنی یمنی ، چاپخانهٔ سعادت، مصر ، ۱۳۴۷-۴۹ه ، پنج جزء .

فیضی (علی‌اصغر) ـ دعائم‌الاسلام، کتب‌الوصیة والجهادوالمقدمات، اکسفورد، ۱۹۳۳ ، ومصر ۱۹۵۱ .

کاظمی ( محمد مهدی ) ـ احسن الودیعة فی‌تراجم مشاهیر الشیعة ، بغداد ، ۱۳۴۸ه ، دو جزء .

کاظمی (محمد مهدی) ـ عناوین‌الاصول ، بغداد ، ۱۳۴۲ه .

کلینی ـ اصول‌لکافی، ۱۳۰۵ه .

۱۰- تاریخ فقه وطبقات فقهاء

ابن جوزی ـ مناقب الامام احمد بن حنبل ، چاپخانهٔ سعادت ، مصر ، ۱۳۴۹ ه .

ابن فرحون ـ الدیباج المذهب فی معرفة اعیان علماء المذهب ، مصر ، ۱۳۵۱ ﻫ .

ابن‌ندیم ـ الفهرست ، چاپخانهٔ‌رحمانیه، مصر ، ۱۳۴۸ﻫ .

ابن‌خلکان ـ وفیات الاعیان و انباء ابناء الزمان ، چاپخانهٔ میمنیه ،مصر، ۱۳۱۰ ، دوجزء .

ابن‌عبدالبر ـ الانتقاء فی‌فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ، قاهره ، ۱۳۵۰ﻫ .

ابن‌قتیبه ـ الامامة والسیاسة ، چاپخانهٔ مصطفی محمد ، مصر ، دو جزء .

ابن قتیبه ـ المعارف ، چاپخانهٔ اسلامیه ، مصر ، ۱۹۳۴ .

امین (احمد) ـ فجرالاسلام ، مصر ، چاپ دوم ، ۱۹۲۳ .

امین (احمد) ـ ضحی‌الاسلام ، مصر ، ۱۹۳۴ـ۱۹۳۶ ، سه جزء .

تنبکتی(سیدی احمد بابا) ـ نیل الابتهاج بتطریز الدیباج، درحاشیهٔ‌الدیباج المذهب از ابن فرحون .

تیمور پاشا (احمد) ـ نظرة تاریخیةفی‌حدوث المذاهب و انتشارها ، چاپخانهٔ سلفیه ، قاهره ، ۱۳۴۴ﻫ .

حسینی (ابوبکربن هدایةالله) ـ طبقات الشافعیة ، بغداد ، ۱۳۵۶ﻫ .

خضری ـ تاریخ التشریع الاسلامی ، مصر ، چاپ دوم ، ۱۹۲۶ .

خضری ـ محاضرات تاریخ الامم الاسلامیة ، چاپ چهارم ، مصر ، ۱۳۵۴ﻫ ، دو جزء .

خضری ـ محاضرات تاریخ الدولة العباسیة ، چاپ‌چهارم ، مصر ، ۱۳۵۳ﻫ

خطیب (احمدبن علی) ـ تاریخ بغداد ، مصر ، ۱۹۳۱ ، ۱۴ جزء .

رازی (فخرالدین) ـ مناقب الامام الشافعی ، مصر ، ۱۲۷۹ﻫ .

رضا (محمدرشید) ـ تاریخ الاستاذ الامام‌الشیخ محمدعبده ، چاپخانهٔ‌المنار،

مصر ، ۱۹۳۱ .

سامی‌بیك ـ قاموس الاعلام ، استانبول ، ۱۳۰۶ه .

سبکی (تاج‌الدین) ـ طبقات‌الشافعیة الکبری ، مصر ، ۱۳۲٤ه ، شش‌جزء .

سبکی و سایس و بربری ـ تاریخ التشریع الاسلامی ، مصر ، چاپ دوم ، ۱۹۳۹ .

سیوطی ـ حسن المحاضرة فی‌اخبار مصر و القاهره ، چاپ مصطفی محمد ، مصر ، دو جزء .

شطی (جمیل) ـ مختصر طبقات الحنابلة ، دمشق ، ۱۳۳۹ه .

شیرازی ـ طبقات الفقهاء ، ۱۳۵۶ه .

طاشکبری (محمد بن‌مصطفی ) ـ الشقائق النعمانیة فی‌علماء الدولة العثمانیة (در حاشیهٔ ابن‌خلکان) .

عبدالقادر (دکتر علی حسن) ـ نظرة عامة فی تاریخ الفقه الاسلامی ، جزء اول ، قاهره ، ۱۹٤۲ .

عرنوس (محمود) ـ تاریخ القضاء فی‌الاسلام ، قاهره ، ۱۹۳٤ .

فقی (محمد حامد) ـ اثر الدعوة الوهابیة ، مصر ، ۱۳۵٤ه .

لکنوی هندی(محمد) ـ الفوائدالبهیة فی‌تراجم الحنیة ، همراه باالتعلیقات السنیة ، مصر ، ۱۳۲٤ه .

مبارك (دکتر زکی) ـ رسالهٔ او دربارهٔ کتاب الام، مصر ، ۱۹۳٤ .

مشرفه (عطیه مصطفی) ـ القضاء فی‌الاسلام ، مصر ، ۱۹۳۹ .

**۱۱ـ کتابهای عربی دیگر**

ابن‌حزم ـ الفصل‌فی‌الملل والاهواء والنحل ، مصر،چاپ اول، ۱۳٤۷-٤۸ه،

پنج جزء .

ابن‌خلدون ــ المقدمه ، چاپخانهٔ بهیه ، مصر .

ابن عبدربه ــ العقد الفرید ، چاپخانهٔ مصطفی محمد ، مصر ، ۱۹۳۵ ، چهار جزء .

ابن قتیبه ــ عیون‌الاخبار ، چاپخانهٔ دارالکتب المصریه ، قاهره .

ابن منظور ــ قاموس لسان العرب .

ابویوسف ــ کتاب الخراج ، بولاق ، ۱۳۰۲ه .

روزنامهٔ رسمی کشور لبنان .

افغانی (جمال‌الدین) وعبده (شیخ محمد) ــ العروة‌الوثقی ، چاپخانهٔ اهلیه ، بیروت ، ۱۹۳۳ .

انتونیوس (جرج) ــ یقظة العرب ، ترجمهٔ رکابی ، دمشق ، ۱۹٤٦ .

حتی (فیلیپ) ــ تاریخ العرب‌المطول (ترجمهٔ دکتر جرجی ودکتر جبور) سه جزء ، دارالکشاف بیروت ، ۱۹٤۸-۱۹۵۱ .

رضا (محمد رشید) ــ الوحی المحمدی ، چاپ پنجم ، مصر ، ۱۹٤۸ .

سلیمان (شیخ محمد) ــ رسالة بأی شرع نحکم ، قاهره ، ۱۹۳٦ .

شاکر (احمد محمد) ــ الشرع واللغة ، قاهره ، ۱۹٤٤ .

شهرستانی ــ الملل والنحل (درحاشیهٔ ابن‌حزم) .

صادر (یوسف) ــ المجلة القضائیة ، بیروت ، ۱۹۲۱-۱۹۵۱.

عارف (عارف) ــ القضاء بین‌البدو ، چاپخانهٔ بیت‌المقدس، ۱۹۳۳.

عبدالرحیم دهلوی ( احمدشاه ولی ) ــ حجة الله البالغة ، چاپخانهٔ منیریه ، ۱۳۵۲ ه .

عبده (شیخ محمد) ــ الاسلام والنصرانیة مع‌العلم والمدینة ، چاپخانهٔ‌المنار ،

مصر ، ۱۳۵۰ه .

غزالی ـ احیاء علوم الدین ، چاپخانهٔ عثمانی مصری، ۱۹۳۳ ، چهارجزء .

قانون آئین دادرسی مدنی وقانون موجبات لبنان .

ماوردی ـ الاحکام السلطانیة والولایات الدینیة، چاپخانهٔ المحمودیة التجاریة، مصر .

مجلهٔ احکام عدلیه وشرحهای آن از مسعود افندی وعلی حیدر و باز وغزی و محاسنی و اتاسی ودیگران .

مجموعهٔ قوانین ، چاپخانهٔ صادر ، بیروت.

نشریهٔ قضائی لبنان .

# منابع و مآخذ لاتینی کتاب


ABDURRAHIM — Muhammadan Jurisprudence, London & Madras, 1911
AGHNIDES — Muhammadan Theories of Finance, New York, 1916.
ALI, Dr. ZAKI — Islam in the World, Lahore, 1947
ALLEN— Law in the Making, Oxford, 1930
AMEER ALI — The Spirit of Islam, London, 1949
AUSTIN — Jurisprudence, Student's edition, London, 1920.
BONNIER — Traité des preuves, Paris, 1888.
OLIN ET CAPITANT — Cours élémentaire de droit civil français, Paris, 1923-25, 3 vol.
COULANGES, F. de — La cité antique, Paris, 1923
DIAMOND — Primitive Law, London, 1935.
ENCYCLOPEDIA OF ISLAM
ESMEIN — Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris, 1921
GEIGER — Judaism and Islam, transl. by Young, Madras, 1898.
GIBB — Mohammedanism, Oxford, 1949.
GIRARD — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924
GIRARD — Textes de droit romain, Paris, 1923.
GLASSON, TISSIER ET MOREL — Traité théorique et pratique de procédure civile, Paris, 1925-36, 5 vol.
GOADBY — Introduction to the Study of Law, London, 1921.
GOLDZIHER — Le dogme et la loi de l'Islam, Paris, 1920.
HARRIS — Principles and Practice of the Criminal Law, London, 1926.
IQBAL, MUHAMMAD—Six Lectures on the Reconstruction of Thought in Islam, Lahore, 1930
ISLAMIC REVIEW — Woking, Surrey, England, 1949-1951.
JEWISH ENCYCLOPEDIA
KENNETT — Bedouin Justice, Cambridge, 1925.
KREMER (Von) — Culturgeschichte des Orients under den Chalifen, Wien, 1875.
LAOUST, H. — Le Traité de droit public d'Ibn Taimiya, Beyrouth, 1948.
LAOUST, H. — Le Précis de droit d'Ibn Qudama, Beyrouth, 1950.
LEE — Historical Jurisprudence, London, 1911.
MAHMASSANI, SOBHI — Les Idées économiques d'Ibn Khaldoun, Lyon, 1932.
MAINE (H. S.) — Ancient Law, Dent & Sons, London, 1927.
MASSIGNON, LOUIS — Situation de l'Islam, Paris, 1939.
MASSIGNON — Annuaire du monde musulman, Paris, 1923 & 1929.
MULLA — Principles of Mahomedan Law, Calcutta, 1938.
MONTESQUIEU — De l'esprit des lois, Paris, Flammarion, 2 vol.
NOLDEKE — Geschichte des Qorâns, Göttingen, 1860.
OSTROROG — The Angora Reform, London, 1927.
PLANIOL — Traité élémentaire de droit civil, Paris, 9me éd., 3 vol.

اجمالا اینکه در تعالیم و مبادی اساسی میان هیچیك از مکاتب اختلافی دیده نمیشد بلکه همگی اختلافات در فروع و بهنگام انطباق مبادی بامصادیق خارجی بود واصولا اختلاف مذاهب چیزی شبیه اختلاف محاکم امروزی بود که در تفسیر نصوص وتطبیق مواد با موارد پدید میآید.

برای اینکه نوع اختلاف بهتر نمایانده شود مثالی دراین مورد ذکرمیکنیم: فقها بر الزام غاصب به رد عین مال اتفاق دارند واگر غاصب عین را تلف کند یا عین تلف شود و یا ضایع گردد، بر اوست که در صورت ممکن مثل و گرنه قیمت آنرا بپردازد. در این صورت ارزیابی در چه زمان و مکان و با چه شرائط بایستی عملی گردد مورد اختلاف است. حنفیان زمان ومکان وقوع غصب وحنبلیان زمان ومکان تلف شدن را ملاك قرارداده‌اند وبنظر شافعی بالاترین ارزش عین از روز وقوع غصب تا روز تلف بر ذمهٔ غاصب است. این مثال اتفاق همهٔ فقیهان را دراصل، وچگونگی پیدایش اختلافات نظری را در فروع نمایان میسازد.

از آنجائیکه اختلاف در مبادی در مواردی اندك واستثنائی است، بطور کلی میتوان گفت که اختلاف مذاهب درتطبیق قانون باقضایای عملی بااختلاف دادگاههای امروزی در اجتهادات قضائی همانند است.

با اعتماد براین حقیقت در توجیه مسائل خلافی میان مذاهب سنی از یکسو و اینکه اختلاف سنی و شیعی در اصل اختلافی سیاسی بوده است، از سوی دیگر، میتوان نتیجه گرفت که توحید مذاهب اسلامی که پیروان مذهب سلفی و دیگران بدان قائل بوده‌اند، امری است موافق باروح شریعت اسلامی. چه‌اسلام دین‌توحید و اتحاد و برادری و گذشت است وبهیچوجه پراکندگی و چند دستگی‌های مذهبی را مجاز نشمرده وقرآن کریم درآیهٔ: «ان‌الذین فرقوا دینهم وکانوا شیعاً[1] لست‌منهم

۱- منظوراز کلمهٔ «شیع» شیعیان نیستند، بلکه‌دسته‌هائیست که‌در دین به‌پراکندگی گرائیدند.

POLLOCK — A first book of Jurisprudence, London, 1918.
POLLOCK—Introduction and notes to Maine's Ancient Law, London, 1914.
SALMOND — Jurisprudence, London, 1924.
SCHACHT, J. —The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford, 1950.
SMITH, W. C. — Modern Islam in India, London, 1946.
SYMONDS, R. — The Making of Pakistan, London, 1949.
WELLES ( Sumner, G. ed ) — An Intelligent American's Guide to the Peace, New York, 1945.
WILSON — Digest of Anglo-Muhammadan Law, Calcutta, 1921.
WUSTENFELD, F. — Der Imâm el-Schâfi'i und sein Anhânger, Gôttingen
WUSTENFELD — Vergleichungs-Tabellen, Leipzig, 1854.

# اعلام

«ش»

فی شیء»[۱] صریحاً از آن نهی کرده است .

اکنون بشرح مذاهب چهارگانهٔ سنت میپردازیم وبمذاهب از بین رفتهٔسنت ونیز بمذاهب شیعه اشاره میکنیم ودرپایان ازسیر قانونگذاری در عهد عثمانی وعصر حاضر بحث خواهیم کرد.

۱ــ سورهٔ انعام (۶) ۱۵۹ .

«گ»



«ل»



«م»

بهر حال از تقدیم این ارمغان بدوستداران علم حقوق شاد و خرسندم واز کوشش‌ها و تسهیلاتی که مؤسسهٔ محترم فرانکلین تبریز در راه نشر این کتاب مبذول داشته‌اند صمیمانه سپاسگزاری مینمایم .

آذرماه ۱۳٤٦

اسمعیل گلستانی

# فصل دوم

## مذهب حنفی

### پیشوای بزرگ (امام اعظم)

شهر کوفه در عراق مرکز بسیاری از فقیهـان اسلام بود . در زمان خلفاء راشدین عمر بن خطاب مردی ازصحابه را بنام عبدالله‌بن مسعود (متوفی بسال ۳۲ ه) به‌معلمی وقضاوت بدانسوی گسیل داشت . او خود از صحابهٔ پیامبر و محدث و فقیه بود . پس از او شاگردان و شاگردان شاگردانش از قبیل علقمهٔ نخعی ، مسروق همدانی ، شریح قاضی ، ابراهیم نخعی ، عامر شعبی و حمادبن ابی‌سلیمان در کوفه بلندآوازه‌شدند .

همچنین در کوفه مذهب حنفی پیداآمد ومؤسس آن ابوحنیفه نعمان بن‌ثابت معروف به «امام اعظم» بود که اصلا پارسی بود ودرسال ۸۰ هجری (۶۹۹ م) در کوفه متولدشد وزندگانی علمی خودرا بافراگرفتن علم کلام آغاز کرد وبعد فقه رامطابق مکتب کوفیان از حمادبن ابی سیلمان (متوفی بسال ۱۲۰ ه ) فراگرفت و بموازات زندگی علمی به‌خرید وفروش بافته‌های ابریشمی وپشمی مشغول میشد. وفراگرفتن کلام و اشتغال به‌پیشهٔ بازرگانی او را باستحکام رأی ومنطق وتطبیق احکام شرعی با

قضایای عملی و توسع در احکام از راه قیاس واستحسان سخت توانائی بخشید، از اینرو مذهب او بمذهب «اهل رأی» آوازه یافت.

از او روایت شده است که گفت: «این دانش ما «رأی» است و بهترین چیزی است که بر آن دست یافته‌ایم. اگر کسی برچیزی جز این راه یابد عقیدهٔ او برای خودش و نظر ما برای خود ما باشد»[1] وهمو گوید: «هرآنچه در کتاب خدا وسنت پیامبر نباشد به گفتار صحابه مینگرم و از گفتار آنان عدول نکنم تا اینکه امر به ابراهیم وشعبی وابن سیرین وحسن وعطاء وسعیدبن جبیر برسد که اجتهاد می کنند، من نیز مانند آنان اجتهاد کنم»[2].

ابوحنیفه بسبب دانش فراوانش بامام اعظم (پیشوای بزرگ) لقب یافت. شافعی دربارهٔ او میگوید: «کسی که فقه را بجوید در خانهٔ ابوحنیفه مییابد» و بقول ابویوسف «هرگاه درمسأله‌ای درمیماندیم به ابوحنیفه روی میآوردیم، او چنان بود که گوئی پاسخ مسأله‌را ازآستین بیرون میآورد وبما میداد»[3].

در اواخر دوران بنی‌امیه ابن هبیره فرماندار عراق تصدی مقام دادرسی را به ابوحنیفه پیشنهاد کرد ولی او از آن دوری جست بهمین جهت او را مالشی دادند و کتکی زدند. همچنین در زمان عباسیان ابوجعفر اورا به بغداد فراخواند و از او خواست که سرپرستی دادگستری را بعهده بگیرد ولی اوباز ازپذیرفتن آن‌خودداری کرد ودر بغداد زندانی شد تا به‌سال ۱۵۰ هجری (۷۶۷ م) که بمرد[4].

---

۱ـ الملل والنحل از شهرستانی (حاشیهٔ ابن‌حزم) ج ۲، ص ۳۹.

۲ـ الانتقاء از عبدالبر، قاهره، ۱۳۵۰ ه، ص۱۴۳.

۳ـ الانتقاء، ص ۱۳۶و۱۳۸.

۴ـ تاریخ القضاء فی‌الاسلام ازآقای محمود عرنوس (قاهره ۱۹۳۴ ص ۷۲ و بعد)؛ تاریخ بغداد از احمدبن علی خطیب (ج ۱۳ ص ۳۲۶ وبعد).

گفته‌اند سبب قبول نکردن مقام قضاء آن بود که او سیاست وروش زمامداران وقت را نمی‌پسندید و نیز گفته شده است که ابوحنیفه معتقد بود که پذیرفتن شغل و منصب دولتی مایهٔ هلاکت میشود ودین وبزرگواری را باخطر روبرو میسازد .

اما ابوحنیفه در پذیرفتن حدیث بسیار سختگیر بود وجز اندکی از احادیث که صحتش نزد او به‌ثبوت رسیده بود ، حدیثی را نمی‌پذیرفت . باوجود این اصحاب وپیروانش حدیث‌های زیادی از او نقل کرده‌اند که مجموعاً به‌پانزده مسند بالغ میگردد[۱] . وقاضی القضاة ابوالمؤید محمدبن محمودخوارزمی (متوفی بسال ٦٥٥ ه) آنهارا در کتابی گردآوری کرده و «جامع المسانید» نامیده‌است[۲]. از اینرو نمیتوان صحت این روایت ابن خلدون را پذیرفت که ابوحنیفه فقط هفده حدیث را روایت میکرد[۳] .

### یاران ابوحنیفه وکتابهای «ظاهر الروایه»

عقاید ابوحنیفه در فقه بوسیلهٔ شاگردان[۴] او نگارش یافته وبما رسیده‌است. معروفترین شاگردان اوچهار نفر بودند: ابویوسف، زفربن هزیل ابن‌قیس ، محمد بن‌حسن بن فرقد شیبانی وحسن‌بن زیاد لؤلؤی که مذهب حنفی بواسطهٔ آنان‌خصوصاً ابویوسف ومحمد که به «دو امام و دو مصاحب» مشهورند بلندآوازه شد.

۱ـ رجوع شود به‌تاریخ الفقه‌الاسلامی از دکتر عبدالقادر ، ج ۱ ، ص۲۲۲ .
۲ـ اخیراً در مصر ، بسال ۱۳۲٦ ه در ۸۰۰ صفحه بچاپ رسیده است.
۳ـ المقدمة ، ص ۳۸۸ .
۴ـ رسالهٔ کوچك چند صفحه‌ای در عقاید بنام الفقه‌الاکبر از ابوحنیفه‌باقی مانده‌است که ملاعلی قاری (متوفی بسال ۱۰۰۱ه) آنرا شرح‌کرده و متن وشرح در چاپخانهٔ تقدم ، مصر ، بسال ۱۳۲۳ ه چاپ شده است.
۵ـ ونیز به‌ابوحنیفه وابویوسف «شیخان» وبه‌ابوحنیفه و محمد «طرفان» نام داده‌اند (الفوائد البهیة ، از محمد لکنوی هندی ، مصر ، ۱۳۲۴ ه ، ص ۲۴۸) .

امام اعظم و یاران او بهترین کسانی بودند که سفارش شیخ بزرگ خود عبدالله بن مسعود را بکار بستند که گفته بود : «چشمه های دانش و چراغهای شبهای تار باشید»[1].

ابویوسف یعقوب بن ابراهیم انصاری (۱۱۳-۱۸۲ هـ) سرپرستی دادگستری را در بغداد بعهده داشت ودر زمان خلافت هارون الرشید منصب قاضی القضاتی و ریاست کل دستگاههای قضائی دولت عباسی بدورسید واز این راه توانست که مذهب حنفی را عملا گسترش دهد و بر آن بیفزاید خصوصاً در مسائل باریك و مشکلات قضائی نظریاتی ابراز کرد و باستناد احادیثی که صحت آنها نزد او به‌ثبوت رسیده واز گروهی از رجال حدیث شنیده‌بود ، احکامی‌صادر کرد و باین‌جهت ناگزیر درمسائل‌فراوانی با ابوحنیفه مخالفت نمود .

اقوال ابویوسف در کتب فقه حنفی و نیز درآخر کتاب «الام»[2] شافعی مندرج ومشهور است . از ابویوسف کتابی درخراج بمارسیده‌است وآن‌رساله‌ای‌است پرارزش که برای هارون‌الرشید نوشته ودرآن از خراج وامور مالی دولت باآگاهی وسیع‌و تحقیقات ارزنده بحث کرده است[3] .

واما تدوین مذهب حنفی نخست بوسیلهٔ امام حسن شیبانی ( ۱۳۲-۱۸۹ هـ ) انجام گرفت، و او دانش را در مدرسهٔ عراق فرا گرفته و سپس بمدینه رفته و بااهل حدیث پیوسته واز محضر امام مالك استفاده کرده بود ، سپس در تدوین کتب معتبر

---

۱- مجمع‌الامثال میدانی ، چاپخانهٔ بهیه ، جلد ۲ ، ص ۳۷۴ .

۲- جزء ششم‌چاپ، بولاق ۱۳۲۵ هـ . تحت عنوان «هذاکتاب مااختلف فیه ابوحنیفة وابن ابی‌لیلی عن‌ابی‌یوسف‌رحمهم‌الله‌تعالی» (ص۸۷-۱۵۰) وتحت عنوان «کتاب‌سیرالاوزاعی» (ص ۳۰۲-۳۳۶) .

۳- طبع بولاق ، سال ۱۳۰۲ هـ .

در مذهب حنفی وتفریع مسائل خصوصاً در باب ارث و فرائض و نیز تحلیل قضایای حقیقی واستنباط مسائل فرضی و توسع در نتیجه گیری واستقراء اشتهار یافت .

کتابهای مدونهٔ امام محمد بر دو گونه است : نخست آنچه را که راویان ثقه از او نقل کرده‌اند وبه کتابهای «ظاهرالروایه» یا «مسائل‌الاصول» نامیده میشوند. دوم آنچه را که راویان ثقه نقل‌نکرده‌اند که به« کتب» یا «مسائل‌النوادر» معروفند.

دستهٔاول شش کتاب است: مبسوط ، جامع‌الکبیر[1] ،جامع‌الصغیر[2] ،سیرالکبیر ، سیرالصغیر و زیارات . و این شش کتاب را ابوالفضل مروزی معروف به حاکم شهید (متوفی بسال ۳۴۴ه) در کتابی بنام کافی[3] جمع آوری کرده وسپس شمس‌الائمه‌محمد بن‌احمد سرخسی متوفی در اواخر قرن پنجم هجری کتاب‌کافی‌را بنام کتاب مبسوط در سی‌جزء شرح کرده است . ونویسندگان مجلهٔ احکام عدلیه اغلب مسائل مدونه‌را از کتابهای «ظاهرالروایه» گرفته‌اند .

کتابهای «النوادر» که از امام محمد روایت شده‌است عبارتند از کتاب امالی محمد درفقه یا کیسانیات که‌بوسیلهٔ شعیب کیسانی روایت شده‌است ، و کتاب‌الرقیات، وآن شامل مسائلی است که به‌هنگام قضاوت او ، ازطرف هارون‌الرشید درشهر رقه بر اوعرضه‌شده‌بود . و کتابهای «الهارونیات» و «الجرجانیات» و«المخارج فی‌الحیل» و « زیـادة الزیادات » وکتاب نوادر محمد بروایت ابن رستم ، و همچنین از مسائل النوادر کتابهائی که از اصحاب مذهب روایت شده است معتبر بشمار میرود مـانند کتاب المجرد ابوحنیفه بروایت شاگردش امام حسن بن زیـاد لؤلؤی و نیز کتاب

---

۱ـ بتازگی در حیدرآباد هند بوسیلهٔ انجمن « احیاء المعارف النعمانیة » چاپ شده است .

۲ـ در حاشیهٔ‌کتاب «الخراج» ، چاپ بولاق ، به‌طبع رسیده است.

۳ـ کتاب کافی درکتابخانهٔ مصر بصورت خطی است.

«الردعلی‌اهل‌المدینة»[۱] و «کتاب الاثار»[۲] از محمدبن حسن .

**مؤلفات شاگردان و متأخران**

پس از کتابهای «ظاهرالروایه» و « النوادر » نوبت کتابهای فتوی و حوادث اتفاقی فرا میرسد که مجتهدان متأخر آنجا که روایتی از سلف نیافتند خود شخصاً به اجتهاد پرداختند مانند کتاب «النوازل»[۳] ابولیث‌نصر سمرقندی (متوفی بسال ۳۷۳ﻫ) و غیره

ابوحنیفه را شاگردانی بود واز آنها : هلال‌الرأی ( متوفی بسال ۲۴۵ ﻫ ) و احمدبن مهیر مشهور به‌خصاف (متوفی‌بسال۲۶۱ﻫ) صاحب کتاب‌الحیل و کتاب‌الوقف وغیره ونیز ابوجعفر طحاوی (متوفی بسال ۳۲۱ ﻫ) صاحب کتاب « جامع الکبیر فی الشروط»[۴] وغیره شهرت یافتند .

پس از اینها گروهی از فقیهان که مذهب حنفی‌را اختیار کرده بودند به‌تأیید این مذهب پرداختند واز این گروه بودند : ابوالحسن کرخی (متوفی بسال ۳۴۰ﻫ) و ابوعبدالله گرگانی (متوفی بسال ۳۹۸ ﻫ ) مؤلف خزانة الاکمل ، و شمس الائمهٔ سرخسی مصنف کتاب المبسوط ، وعلی‌بن محمد بزدوی (متوفی بسال ۴۸۲ ﻫ ) مؤلف

---

۱ـ شافعی آنرا درکتاب‌الام (ج ۷ ص ۲۷۷ـ۳۰۳ ) بعنوان «کتاب الرد علی‌محمد بن‌الحسن» روایت‌کرده است .

۲ـ انجمن احیاء المعارف النعمانیة در حیدرآباد ، آنرا نیز چاپ نموده است.

۳ـ این‌کتاب بصورت خطی ودرکتابخانهٔ مصر شماره ۵۶۵ است .

۴ـ کتاب اذکار الحقوق و الرهون آنرا در سال ۱۹۲۷ ، و کتاب الشفعهٔ آنرا در سال ۱۹۳۰ ، آقای ژوزف شاخت مستشرق درشهر هایدلبرك ـ آلمان ـ انتشار داده است .

الاصول ، و ابوبکر کاشانی (متوفی بسال ۵۸۷ ه ) مؤلف بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، وبرهان‌الدین علیّ مرغینانی ( متوفی بسال ۵۹۳ ه ) مؤلف الهدایة شرح بدایة المبتدی .

هدایه از کتابهای بسیار معتبر و مشهور حنفی است که از چهار جزء تشکیل یافته وشرح‌ها و حاشیه‌های فراوان دارد ، ازقبیل : الغایة ازسروجی ، و الکفایةاز کرلافی، والوقایة ازتاج‌الشریعة ، والنقایةمختصرالوقایة ازصدرالشریعة، والنهایة از سغناقی ، وخلاصة النهایة درحاشیه هدایه ازقونوی ، و معراج الدرایة از قوام‌الدین کاکی ، والعنایة ازبابرتی ، والبنایة ازعینی ، و فتح القدیر از کمال الدین‌بن‌همام.

سپس دوران تقلید فرارسید ، فقهاء از اجتهاد باز ایستادند و به‌تقلید اکتفاء کردند ومتن‌های مختصری تألیف کردندآنگاه به‌شرح آن متون وشرح آن شرح‌ها پرداختند وحواشی وتکمله‌ها فزونی یافت‌وفتوی‌ها گردآوری شد و تألیفات فراوان گشت وفقهاء متون را برشرح و شروح را بر کتب فتوی مقدم میدارند .

از این کتابها ، کتاب المختصر احمدبن محمد قدوری (متوفی بسال ۴۲۸ه) و چهار کتاب معروف به‌متون اربعه : الوقایة مختصر الهدایة از تاج‌الشریعه محمود محبوبی ، و المختار وشرح آن بنام الاختیار ازعبدالله موصلی (متوفی بسال ۶۸۳ه)، ومجمع‌البحرین از ابن‌الساعاتی (متوفی بسال ۶۹۴ ه ) و الکنز یا کنزالدقائق از حافظ الدین نسفی (متوفی بسال ۷۱۰ ه ) مورد اعتماد اکثر متأخران قرار گرفته است .

دراین‌میان کنزالدقائق مشهورتر وشروح وحواشی آن بیشتراست که‌مهمترین آنها عبارتند از : تبیین الحقایق زیلعی ، و رمزالحقائق‌عینی ، والبحرالرائق زین‌العابدین‌بن‌نجیم[1] ، وتکملۀ آن ازطوری ، والنهر الفائق‌عمربن نجیم ، ومنحة الخالق

۱ـ شرح‌حال او بعداً خواهدآمد.

محمدبن امین بن عابدین ، و کشف الحقائق افغانی ، وغیر آنها .

وازمجموعه‌های فتوی این کتاب‌ها زبانزدشدند: الفتاوی الولوالجیة عبدالرشید ولوالجی (متوفی بعد از سال ۵۴۰ ه) ، والفتاوی الخانیة ازقاضیخان حسن بن منصور (متوفی بسال ۵۹۲ ه ) ، والفتاوی الظهیریة از ظهیرالدین محمد بخاری ( متوفی بسال ۶۱۹ ه) ، والفتاوی الطرسوسیة معروف به‌انفع‌الوسائل الی تحریر المسائل از ابراهیم‌بن علی‌طرسوسی (متوفی‌بسال۷۵۸ه)، والفتاوی التتارخانیة از ابن‌علاءالدین (متوفی درحدود سال۸۰۰ ه) ، و الفتاوی البزازیة ازحافظ الدین محمد مشهور به‌ابن بزاز (متوفی بسال ۸۲۷ه) ، والفتاوی‌الخیریة ازخیرالدین منیف فاروقی رملی (متوفی بسال ۱۰۸۱ه) ، و الفتاوی‌الانقرویة ازمحمد افندی‌انقروی (متوفی بسال۱۰۹۸ه)[۱] ، و الفتاوی الهندیة[۲] ، و نیز الفتاوی الحامدیة ازحامد افندی بن‌علی‌عمادی[۳] ، ومختصر آن بنام تنقیح الحامدیة ازمحمد امین بن عابدین (متوفی‌بسال ۱۲۵۲ ه) ، والفتاوی المهدیة فی‌الوقائع المصریة از مفتی سرزمین مصر شیخ محمد عباسی مهدی[۴] .

وباز هم از مشهورترین کتابهای حنفی متأخران عبارتند از : جامع‌الفصولین ابن‌قاضی سماوة یا سماونة ( متوفی بسال ۸۱۸ یا ۸۲۳ ه) ، و درر الحکام شرح غرر الاحکام ملاخسرو (متوفی بسال۸۸۵ ه) ، وحاشیهٔ آن غنیة ذوی الاحکام از شرنبلالی (متوفی بسال ۱۰۶۹ ه) ، وملتقی الابحر حلبی (متوفی بسال ۹۵۶ ه) ، و شرح آن مجمع‌الانهر داماد افندی ( متوفی بسال ۱۰۷۸ ه ) و شرح آن الآخر الدرالمنتقی

---

۱ـ در زمان محمد چهارم سلطان عثمانی منصب شیخ‌الاسلامی داشت ( قاموس الاعلام ج ۱،ص ۴۳۹) .

۲ـ بزودی اشاره‌ای بدان خواهد شد.

۳ـ مفتی دمشق از سال ۱۱۳۷ تا سال ۱۱۵۵ ه .

۴ـ بسال ۱۳۰۴ گردآوری شد .

محمد علاءالدین حصکفی (متوفی سال ۱۰۸۸ ه) ، و تنویر الابصار از تمرتاشی و نیز شرح آن الدرالمختار از حصکفی ، و ردالمختار علی الدرالمختار محمدامین بن‌عابدین، وتکملهٔ آن قرة عیون الاخیار از پسر او محمد علاءالدین .

انتشار مذهب حنفی

این بود خلاصه‌ای از شرح‌حال مردان مذهب حنفی وتألیفات آنان و امـا انتشار این مذهب در کشورهای مسلمان‌نشین بهره‌دارتر وریشه‌دارتر از دیگر مذاهب بود وبلحاظ نفوذ در دادگاهها در زمان عباسیان مذهب غالب درعراق شد وهمچنین دولت عثمانی این مذهب را برسمیت پذیرفت ومجلهٔ احکام عدلیه از اصول آن ساخته وپرداخته شد .

وتا هم‌اکنون نیز مذهب رسمی کشورهائیکه تابع دولت عثمانی بودند ازقبیل مصر و سوریه ولبنان ، درفتوی ودادرسی بشمارمیرود . ومذهب غالب ساکنان ترکیه وبرخی از ساکنان تابعهٔ آن مانند شام وآلبانی ومسلمانان بالکان و قفقاز در مسائل عبادی هست ودر افغانستان وپاکستان ومسلمانان هندوچین نیز مذهب غالب شمرده میشود ودر بسیاری از شهرها واقطار دیگر نیز طرفدار دارد . وپیروان این مذهب بیش از یك سوم مسلمانان جهان را تشکیل میدهند[1] .

۱ـ کتاب موقعیت اسلام (بفرانسه) ، از لویس‌ماسینیون ، پاریس ۱۹۳۹، ص ۲۷.

# فصل سوم

## مذهب مالکی

**پیشوای مدنیه**

شهرهای حجاز فرودگاه وحی و مهد پیروان سنت بود. و در آنجا مکتبی بوجود آمد بارنگی مخصوص که بمدرسهٔ اهل‌حجاز یااهل مدینه معروف گشت. این مدرسه در وهلهٔ اول به‌عمر بن‌خطاب و پسرش عبدالله و زیدبن ثابت وعبدالله بن عباس وعائشه زن پیغمبر (ص) ودر مرحلهٔ ثانی باساتید فقه مانند سعیدبن مسیب وعروةبن زبیر وقاسم بن محمد و ابوبکربن عبدالرحمن و سلیمان بن یسار و خارجةبن زید وعبیدالله‌بن عبدالله مربوط میشد.

مدینهٔ منوره که محل هجرت پیامبر بود، پس از درگذشت فقیهان نامبرده نیز مرکزیت خود را حفظ کرد وهمچنان مرکز پیروان حدیث ماند و امام مالك بن‌انس در سال ۹۵ هجری (۷۱۳ م.)[1] در آنجا متولد شد و جز بعنوان حج بجای دیگری سفر نکرد و در همانجا هم بسال ۱۷۹ ه (۷۹۵ م.) جهان فانی را بدرود گفت.

---

۱ــ ۹۳و۹۷ هجری نیز گفته‌اند.

مطالب این کتاب بوسیلهٔ آقای اسماعیل گلستانی از روی متن عربی بفارسی درآمده و از طرف آقای دکتر عبدالامیرسلیم با متن و ترجمهٔ انگلیسی کتاب دقیقاً مقابله شده است. اکنون که کارطبع کتاب بپایان‌میرسد مؤسسه‌لازم می‌داند ضمن‌سپاسگزاری از مترجم محترم، از زحمات فوق‌العادهٔ آقای دکتر سلیم نیز تشکر کند.

ناشر

# مقدمهٔ چاپ دوم

بسم‌الله الرحمن الرحیم

غرض از نگارش کتاب حاضر این است کـه روش قانونگذاری اسلام بطور اختصار با التفات بمذاهب گونا گون آن وقوانین‌جدیده روشن گردد . درسال ۱۹٤٦ اولین طبع این کتاب انجام‌گرفت و انتشارآن توجه عده‌ای از بزرگان رجال شریعت و قانون را برانگیخت و توانست برخی ازهدف‌های مرا تأمین نماید.

در حال حاضر مجالی نیست که بتوانم ازدانشمندان و دوستان فاضلی که نقد این کتاب یا تقریظ آنرا وجهۂ نظر خود ساخته‌اند نام ببرم، لیکن از بزرگداشت همهٔ آنان ناگزیرم . فروش فوری مجلدات طبع پیشین و توجهی کـه بترجمهٔ آن بزبانهای دیگر شد مرا بتجدید انتشار دلیری بخشید ودر خواست ترجمهٔ آن به‌لغت اردو بوسیلهٔ حکومت پنجاب درپاکستان وبزبان‌انگلیسی در واشنگتن بوسیلهٔ مجمع فرهنگی آمریکائی برای اینجانب افتخار آمیز بود .

در این طبع علاوه بر ابقاء مواد اصلی کتاب تنقیحاتی نیز بعمل آمده و بر حسب اقتضاء برقوانین ونظریات اجتهادی تازه عنایت شده است.

مالك دانشمند وپیشوا ومحدث وفقیه مدنیه بود . وحتی گفته شده : «آیا در مدینه‌جز مالك کسی‌را یارای فتوی دادن هست ؟» . او استاد شافعی بود ودرباره‌اش چنین گوید : « مالك پس از تابعان ، حجت خدا بر خلق بود و مالك آموزگار من بود ودانش را از اوآموختیم . و هر گاه حدیثی از مالك برسد بر آن چنگ‌بزن چه مالك اصل وسرچشمهٔ حدیث است»[۱].

مالك دانشمندی دلیر با عقیده‌ای راسخ وایمانی متین بود ودر اظهار نظریات خود از هیچگونه قدرتی بــاکی نداشت و بر نوید وتهدید اعتناء نمیکرد و در راه ایمان وبیان عقیدهٔ خود به‌هر گونه زحمت وفشار وشکنجه بردباری مینمود و همین سبب شد که جعفربن محمد والی مدینه او را بلحاظ اینکه میگفت با زور و اجبار نمیتوان برمردم حکومت راند ، شلاق زد[۲].

مالك فقه را از ربیعة بن عبدالرحمن معروف به ربیعة الرأی آموخت و از محدثان زیادی مانند نافع مولای ابن‌عمروزهری و ابوزناد ویحیی بن‌سعید انصاری استماع‌حدیث کرد . واز آنان ونیز عدهٔدیگری ازتابعان‌وتابعان‌آنان، روایت‌حدیث کرد تاآنکه در روایت ثقه ودر فقه حجت دیگران شد .

مالك کتاب خود «الموطأ» را در حدیث نگاشت و آنرا بمقتضای موضوعات فقهی فصل‌بندی کرد و در مورد الموطأ شافعی گوید : « کتابی پس از کتاب خدا در

---

۱ــ برای ترجمه وشرح‌حال مالك‌به‌کتاب‌کوثر المعانی شنقیطی وکتاب تنویر سیوطی در شرح موطأ مالك (مصر ۱۳۴۸ هـ ، ج ۱ ص ۱ــ۱۰) وکتاب الانتقاد ابن عبدالبر (ص ۹ ومابعد آن) وکتاب الدیباج المذهب فی معرفة اعیان علماء المذهب از ابن فرحون (مصر ، ۱۳۵۱ هـ) وبه‌حاشیهٔ آن نیل الابتهاج از تنبکتی مراجعه شود.

۲ــ الفهرست از ابن ندیم (چاپخانهٔ رحمانیه ، مصر ۱۳۴۸ هـ ، ص ۲۸۰) والامة و السیاسة از ابن قتیبه (چاپخانهٔ مصطفی محمد ، مصر ، ج ۲ ص ۱۵۶).

صحت بپایۀ کتاب مالك نمیرسد»[1].

گفته شده است که الموطأ بروایات زیادی آمده ولی بیش از دو روایت از آنها بما نرسیده یکی روایت امام محمد بن حسن همنشین ابوحنیفه که در هندبچاپ رسیده و دیگری روایت یحیی لیثی (متوفی بسال ۲۳۴ ﻫ) که در مصر چاپ شد، و زرقانی وسیوطی ودیگران آنرا شرح کرده‌اند.

مالك در اجتهاد خود به‌قرآن وحدیث استناد واعتماد میکرد واز حدیث آن را می‌پذیرفت که صحت سندآن، ولو بخبرواحد، نزد او به‌ثبوت رسیده بود وبعمل اهل مدینه و گفتار صحابه نیزاعتمـاد میکرد وجائیکه نص نبود بسوی قیاس ودلیل تازه و مخصوص بمذهب خود میگرائید که «مصالح مرسله» نامیده میشد یعنی آنچه سود عمومی را دارا باشد ــ بیانش در مبحث بعدی‌خواهدآمد.

**شاگردان و پیروان مالك**

امام محمد بن حسن شیبانی حنفی و امـام شافعی صاحب مذهب معروف از شاگردان امام مالك بودند و از اتباع او راوی کتاب الموطأ یحیی لیثی اندلسی بود که پیشتر بوی‌اشارت رفت ونیزاسدبن فرات‌تونسی (متوفی‌بسال ۲۱۳ ﻫ) وعبدالسلام تنوخی معروف به‌سحنون اهل قیروان (متوفی بسال ۲۴۰ ﻫ) و عبدالرحمن بن‌وهب (متوفی بسال ۱۹۷ ﻫ) و اشهب بن عبدالعزیز قیسی (متوفی بسال ۲۰۴ ﻫ) وعبدالله‌بن عبدالحکم(متوفی بسال ۲۱۴ ﻫ) وفرزندش محمد وغیر آنان شهرت یافتند. و پس از آنان‌طبقه‌ای دیگر ازفقهاء مشهور، از مذهب مالکی پیروی کردند که‌ازآنان بذکر ابوولید باجی وابوحسن لخمی‌وابن رشد کبیر وابن‌رشدحفید و ابن‌العربی درقرنهای پنجم وششم هجرت وابوقاسم‌بن جزی (متوفی بسال ۷۴۱ ﻫ) مؤلف القوانین الفقهیه

---

۱ــ تنویر الحوالك، ص۶.

فی تلخیص مذهب المالکیة ، وسیدی خلیل (متوفی بسال ۷٦۷ ﻫ ) صاحب المختصر مشهور ، و خرشی (متوفی بسال ۱۱۰۱ ﻫ) ، و عدوی (متوفی بسال ۱۱۸۹ ﻫ) اکتفا میکنیم .

امروزه پایهٔ علم نزد تابعان مالك بر « کتاب المدونة » مبتنی است که بوسیلهٔ اسدبن فرات در اسدیه گردآوری شد و بعداً سحنون آنرا فراگرفت و مرتب کرد وبنام «المدونةالکبری» منتشر ساخت .

مذهب مالکی در مدینه پدیدآمد ودرسراسرحجاز انتشار یافت وسپس مختص مردم مغرب و اندلس‌شد وبطوریکه ابن‌خلدون روشن میسازد علت این امر مسافرت ورفت وآمد فقیهان این سرزمینها به‌حجاز بود: «چه غالباً به‌حجازمسافرت‌میکردند وحجاز آخرین نقطهٔ‌سفر آنان بود ومدینه درآن روزگار دارالعلم بود ... و چون عراق در سرراه ایشان نبود لذا باستفاده از دانشمندان مدینه اقتصار کردند وهمچنین چون بداوت بر مردم مغرب و اندلس غلبه داشت و از تمدنی چون تمدن‌عراقیان بهره‌مند نبودند ، بهمین لحاظ بامردم حجاز مناسبت بیشتری داشتند ...»[۱]

مذهب مالك هنوز در سرزمینهای مراکش والجزائر وتونس و طرابلس‌غرب مذهب غالب مردم است ونیز این مذهب در منطقهٔ صعید مصر و سودان و بحرین و کویت انتشار یافت . همچنین در سایر کشورهای اسلامی پیروانی دارد وتقریباً چهل وپنج میلیون نفر از مسلمین جهان براین مذهبند[۲].

۱ــ مقدمهٔ ابن‌خلدون ، ص ۳۹۲ .

۲ــ ماسینیون ، در محل مذکور .

# فصل چهارم

## مذهب شافعی

**امام شافعی**

امام محمدبن ادریس شافعی از خـاندان قریش بود . در غزه بسال ۱۵۰ ه (۷۶۷ م) متولد شد ودرمصر بسال ۲۰۴ ه (۸۱۹م) بمرد . وی به‌سیر آفاق پرداخت وبه‌حجاز مسافرت کرد واز امام مالك بن انس علم و دانش فرا گرفت ، و به عراق رفت وازمحضر محمد شیبانی مصاحب ابوحنیفه برخوردار شد . ومدتی به‌صحرانشینی وبیابان گردی پرداخت ودر یمن و مصر وعراق بارها اقامت کرد[1] .

در ابتدای کارخود از پیروان مالك واهل حدیث بود واما سفرها وتجربیاتش در وی مؤثر افتاد ومذهب خاصی را برای خود برگزید و آن همان مذهب عراقی یا مذهب قدیم او بود که پس از اقامت درمصر از برخی از اقوال خود رجوع کرد وبشاگردان خود مذهب مصری یا مذهب جدید خود را تقریر نمود .

امام‌شافعی درلغت وفقه وحدیث مقام ارجمندی‌داشت ونیز باموور عملی آشنائی

---

۱ـ تفصیل سیرت‌او درکتاب مناقب‌الامام الشافعی از فخرالدین‌رازی (مصر،۱۲۷۹ه) و الانتقاء از ابن عبدالبر (ص ۶۵ وبعد) درج‌شده است.

کامل داشت ، فکرش عمیق و زبانش بلیغ وبراستنباط وجدل توانا بود و از اینرو توانست طریقهٔ اهل‌رأی را بانظریات اهل‌حدیث‌جمع کند وبیکدیگر آمیزد ومذهب میانگینی بین حنفی ومالکی بیافریند . شافعی از ادلهٔ احکام ، کتاب وسنت و اجماع و قیاس راپذیرفت و باستدلال قائل‌بود ولی از پذیرفتن آنچه را که‌حنفی‌ها استحسان ومالکیها مصالح مرسله نامیده بودند ، سرباز زد .

**تألیفات او**

شافعی اولین کسی است که ادلهٔ احکام را بترتیب درآورد و اصول فقه را در رسالهٔ مشهورخود[1] بصورت علمی نگاشت ودرآن ازنصوص کتاب وسنت وناسخ ومنسوخ و واجبات وعلل احادیث وشرائط قبول‌حدیث منقول به‌خبر واحد و اجماع واجتهاد و استحسان وقیاس بحث کرد.

بدون تردید مهمترین کتابی که از شافعی بدست ما رسیده ، کتاب الام است. وآن کتابیست که در هفت جزء نوشته شده و ربیع بن‌سلیمان شاگرد شافعی‌بصورتی علمی وجدلی از او روایت کرده است و درآن زمان چنین کتابی کمتر عدیل و نظیر داشته است .

برخی از دانشمندان مانند ابوطالب مکی[2] در کتاب قوت القلوب وغزالی در احیاء علوم الدین[3] نوشته‌اند که الام بوسیلهٔ ابو یعقوب بویطی یکی از تلامذهٔ شافعی نگاشته شده و سپس ربیع بن‌سلیمان در آن دخل وتصرفاتی نموده و مباحثی برآن افزوده وآنگاه آنرا نمایان کرده است .

---

۱ــ در چاپخانهٔ علمیهٔ مصر بسال ۱۳۱۲ ه ، در ۱۶۰ صفحه بچاپ رسیده است .
۲ــ محمدبن علی‌بن عطیة الحارثی ، متوفی بسال ۳۸۶ ه .
۳ــ چاپخانهٔ عثمانیهٔ مصر ، ۱۹۳۲ ، ج ۲ ص۱۶۶ .

دکترزکی مبارك در رساله‌ایکه بدین موضوع اختصاص داده[۱]، از این‌نظریه دفاع کرده است. این کارمایهٔ اعتراض شدید گروهی گردید وازجمله‌شیخ حسین‌والی که در مجله‌های نورالاسلام والبلاغ به‌رد او برخاست ونسبت کتاب الام را به‌شافعی تأیید کرد. در هرحال ما با دکتر علی حسن‌عبدالقادر همرأی هستیم[۲]، ومیگوئیم که با مدارك فعلی وتوجه به‌تنها نسخه‌ایکه بخط سراج‌الدین‌بلقینی برای ما بیادگار مانده است، نمیتوان دراین مسأله تحقیق کرد بلکه باید به‌دست نویس‌های دیگرنیز رسیدگی کرد وبا روش علمی به‌بررسی آنها پرداخت.

کتاب الام از مباحث گوناگون فقهی، عبادات، معاملات، مسائل جزائی وازدواج گفتگومیکند. ودرجزء هفتم آن باموری پراکنده میپردازد: ازقبیل کتاب خلاف علی وابن‌مسعود وکتاب‌خلاف شافعی ومالك ونیزمطالبی در اصول فقه مانند رد آنهائیکه احادیث را کلاً نمی‌پذیرند ومطالبی در ردخبر خاصه وابطال استحسان وهمچنین کتاب «الرد علی‌اهل‌المدینة» از شیبانی وکتاب‌اختلاف‌ابوحنیفه وابن‌ابی لیلی، وکتاب سیرالاوزاعی از ابویوسف[۳] در این جزء آمده است.

ونیز شافعی کتابی بنام‌اختلاف‌الحدیث دارد که شاگردش از او روایت کرده است. ومسند الامام الشافعی که مشتمل براحادیث منقول در کتاب‌الام است ازآثار دیگر شافعی است[۴].

### شاگردان و تابعان او

از جمله کسانیکه در عراق از شافعی دانش فراگرفتند، پیشوایان مذاهب

---

۱ـ در سال ۱۹۳۴ در مصر چاپ شده است.

۲ـ درکتاب او بنام نظرةعامة فی‌تاریخ‌الفقه الاسلامی، قاهره ۱۹۴۲،ج ۱ ص۲۶۱.

۳ـ ج ۷، ص ۸۷،۱۵۱، ۱۷۷،۲۵۰،۲۷۷،۳۰۳.

۴ـ هردوکتاب درحاشیهٔ الام بطبع رسیده است.

خاصه یعنی احمدبن‌حنبل وداود ظاهری و ابوثور بغدادی وابوجعفربن جریرطبری بودند ، بطوریکه شرح آن خواهد آمد .

ازشاگردان مصری‌او[1] ،ابویعقوب بویطی (متوفی‌بسال۲۳۱ ه) واسمعیل مزنی (متوفی‌بسال۲٦٤ه)مؤلف کتاب‌معروف به‌المختصر[2] وربیع‌بن‌سلیمان‌مرادی(متوفی‌بسال ۲۷۰ه) راوی کتابهای شافعی وربیع‌بن‌سلیمان‌جیزی (متوفی‌بسال۲۵٦ه)مشهورشدند.

پس از اینان دانشمندان دیگری پیدا شدنــد و مذهب شافعی را بلند آوازه کردند . مشهورترین ایشان عبارتنداز : ابواسحق فیروزآبادی (متوفی‌بسال٤۷٦ه) مصنف کتاب مشهور المهذب ، وحجةالاسلام ابو حامدغزالی ( متوفی بسال ۵۰۵ ه ) صاحب تألیفات معروف دراصول وفقه وفلسفه ازقبیل کتاب‌های‌المستصفی، والوجیز، و احیاء علوم‌الدین وغیره ، وابوالقاسم رافعی (متوفی بسال ٦۲۳ ه) مؤلف کتاب‌فتح العزیز در شرح «الوجیز» ، وقاضی عزالدین بن عبدالسلام ( متوفی بسال ٦٦۰ ه ) مؤلف کتاب قواعد الاحکام فی‌مصالح الانام ، ومحیی‌الدین نووی (متوفی‌بسال٦۷٦ه) مصنف کتاب الکبیرالمجموع در شرح المهذب و شرح صحیح مسلم ومنهاج الطالبین وغیره ، وقاضی‌ابن دقیق‌عید (متوفی بسال ۷۰۲ ه) وتقی‌الدین علی سبکی (بضم‌سین وسکون باء، متوفی بسال ۷۵٦ ه) مؤلف کتابی در تکملهٔ «المجموع» ازنووی‌وشرح منهاج‌البیضاوی وفتاوی السبکی، وپسرش تاج‌الدین عبدالوهاب سبکی (متوفی بسال ۷۷۱ ه) مصنف جمع‌الجوامع وتتمهٔ شرح منهاج البیضاوی و طبقات‌الشافعیةالکبری وغیره، وجلال‌الدین سیوطی صاحب مؤلفات‌بسیار[3] و غیر آنان.

---

۱ـ رجوع شود به‌طبقات‌الشافعیه از ابوبکر بن هدایت‌الله‌حسینی ، وطبقات‌الفقهاء از شیرازی (بغداد ۱۳۵٦ ه) ، وطبقات الشافعیة الکبری از تاج‌الدین سبکی (مصر ۱۳۲۴ه در شش‌جزء) ، و وفیات‌الاعیان از ابن‌خلکان ، والفهرست ابن ندیم وغیره.

۲ـ در حاشیهٔ الام چاپ شده است.

۳ـ شرح‌حال او بعداً خواهدآمد .

کشور مصر بزرگترین مرکز مذهب شافعی است چه امام شافعی مذهب تازهٔ خود را در آنجا بسط داده و عدهٔ زیادی از یاران وشاگردان و ناشران مذهب او در مصر خصوصاً درسرزمین ریف میزیستند . واین‌مذهب در دوران حکومت ایوبی‌ها رسمیت داده شد وتا مدتها شیخ و رئیس ازهر از میان علمای شافعی انتخاب میشد . همچنین در کشور فلسطین و اردن هاشمی این‌مذهب هم‌اکنون غلبه دارد وعدهٔزیادی از اتباع شافعی در سوریه ولبنان خصوصاً در شهر بیروت هستند ونیز درعراق‌وحجاز وپاکستان وهند وهندوچین‌واندونزی وایران ویمن پراکنده‌شده‌اند وشمارهٔ‌پیروان این مذهب درجهان درحدود یکصدمیلیون نفر است[۱] .

۱ـ ماسینیون ، در محل مذکور .

# فصل پنجم

## مذهب حنبلی

**امام و شاگردانش**

بنیان گذار چهارمین مذهب سنی امام عبدالله احمد بن حنبل[1] است که بسال ۱٦٤ ه (۷۸۰ م) در بغداد متولد شد ودر سال ۲٤۱ه (۸٥٥ م) درهمانجا بمرد ودر پژوهش دانش وجستجوی حدیث ، بشام وحجاز ویمن و کوفه وبصره مسافرت‌ها کرد ومجموعهٔ بزرگی از احادیث را بنام «مسند الامام احمد» جمع کرد . این مجموعه از شش جزء تشکیل یافته و بیش از چهل هزار حدیث در آن گردآوری شده است.

ابن‌حنبل بدوری گزیدن از رأی و دست زدن بدامان کتاب وسنت مشهور بود تا جائیکه برخی او را بیشتر در رستهٔ محدثین شمرده‌اند تا گروه مجتهدین ، مـانند ابن ندیم که او را با بخاری ومسلم و سایر محدثان در عداد فقهای حدیث[2] قرارداده وابن عبدالبر در کتاب خود «الانتقاد فی‌فضائل الائمةالفقهاء» شرح حال این امام‌را

---

۱ـ رجوع شود به کتاب مناقب الامام احمدبن حنبل‌از ابن جوزی (چاپخانهٔسعادت، مصر ، ۱۳۴۹ ه) ، ومختصر طبقات الحنابله از شطی (دمشق ۱۳۳۹ ه) .

۲ـ الفهرست ، ص ۳۱۴ و ۳۲۰ .

نیاورده وهمچنین طبری در کتاب «اختلاف الفقهاء» و ابن قتیبه در «کتاب المعارف»[۱] یادی از او و مذهبش نکرده است .

البته گفتار فوق مردود است و بدون تردید مذهب حنبلی یکی ازمذاهب اصلی سنی بشمار میرود که اسلوبی مستقل و مبادی مخصوصی در اصول و فروع دارد . در واقع ابن حنبل از شاگردان بزرگ امام شافعی بود ولی برای خود مذهب تازه‌ای مبتنی برپنج اصل زیربرگزید : نصوص کتاب و سنت ، وفتوای صحابه در صورتیکه معارضی نداشته باشد ، عقیدهٔ یکی از صحابه بشرط موافقت با کتاب وسنت ، حدیث مرسل و ضعیف وبالاخره قیاس بهنگام ضرورت[۲] .

ابن‌حنبل در دین خود پایدار ودر عقیدهٔ خود متین و استوار بود . چون در زمان خلافت واثق[۳] از او خواستند که نظریهٔ «خلق قرآن» را بپذیرد و او از قبول این پیشنهاد سرباز زد ، در فشار وشکنجه گذاشته شد ومضروب وزندانی گردید.

تنها وضع ابن‌حنبل چنین نبود بلکه اوراق تاریخ گواه سختگیری‌هائیست که به‌مردان شریعت‌روا داشته‌اند . بویطی ازیاران شافعی هم‌مانند ابن‌حنبل‌وبهمان‌منظور بازداشت‌شد ودرزندان‌بغدادجان‌سپرد . بطوریکه گذشت ابوحنیفه‌نیز به‌زندان افکنده شد ومالك بعلل‌سیاسی کتك‌خورد . ونیز روایت شده است که سرخسی نگارش کتاب خود المبسوط را در زندان آغاز کرد . وهمچنین ابن‌قیم جوزیه وتقی‌الدین تیمیه که در قلعهٔ دمشق زندانی شدند وشخص اخیر همانجا در زندان جان به‌جان آفرین تسلیم کرد .

در امپراطوری روم قدیم ، کراکلا امپراطور فرمان اعدام پابنیانوس‌سوری

---

۱ـ چاپخانهٔ اسلامیه ، مصر ، ۱۹۳۴ ، ص ۲۱۶ و مابعد آن .

۲ـ اعلام‌الموقعین عن‌رب‌العالمین ، از ابن قیم جوزیه ، ص ۲۳-۲۶ .

۳ـ ضحی‌الاسلام از سیداحمد امین ، ج ۲ ص ۲۳۵ و ج ۳ ص ۳۶ و بعد .

از تقدیم چاپ دوم این کتاب بخوانندگان گرامی بسی خوشوقتم ، خصوصاً اتمام آن در روز مبارک ولادت حضرت صاحب رسالت ( ص ) بنیانگذار شریعت اسلام بوقوع پیوست .

بیروت ۱۲ ربیع‌الاول ۱۳۷۱

مطابق با ۱۰ کانون الاول ۱۹۵۱

الاصل بزرگترین فقیه روم را صادر کرد ، چه او بجواز قتل جیتا برادر امپراطور[1] فتوی نداده بود .

امثلهٔ مزبور دلالت دارد براینکه پاکدامنی حقیقی و ایمان صحیح زیر بار زور و استبداد نمیرود و با رنگ ونیرنگ سازگاری ندارد .

از اتباع ابن‌حنبل ، کسانیکه بروایت مذهب او اشتهار دارند ، عبارتند از : ابوبکر بن هانی معروف به الاثرم مؤلف کتاب السنن فی الفقه ، و ابوالقاسم خرقی (متوفی بسال ۳۳٤ ه) صاحب المختصر ، وعبدالعزیز بن جعفر (متوفی بسال ۳٦۳ه)، وموفق الدین بن قدامه (متوفی‌بسال ٦۲۰ ه ) مصنف کتاب المغنی[2] که از مهمترین کتابهای فقهی اسلامی‌است ، و کتاب العمدة فی‌الفقه الحنبلی[3]، وشمس‌الدین‌بن‌قدامهٔ مقدسی (متوفی بسال ٦۸۲ ه ) مؤلف کتاب الشرح الکبیر که درشرح المقنع‌است[4]، وتقی‌الدین احمدبن‌تیمیه (٦٦۱-۷۲۸ ه) صاحب الفتاوی‌المشهوره، ومجموعة‌الرسائل الکبری ، و منهاج السنة و کتاب السیاسة‌الشرعیة[5] ورسالهٔ معارج الاصول وغیر آنها.

---

۱- ژرار ، قانون روم ، پاریس ۱۹۲۴ ، ص ۶۷ .

۲- صاحب مجلهٔ المنار (در جلد بیست وششم سال ۱۳۴۴ ه ، ص ۲۷۸) بهنگامیکه کتاب مغنی چاپ نشده بود در این باره چنین آورده است : هر گاه خداوند وسایل کار را آماده سازد و کسی را برای چاپ این‌کتاب برانگیزد ، درآنصورت با اطمینان خاطر به‌بقاء جاودانهٔ فقه اسلامی ، جان خواهم سپرد . چاپخانهٔ المنار بعدها این‌کتاب‌را در دوازده‌جلد نفیس منتشرکرد وازجمله انتشارات‌سلطان عبدالعزیز آل‌سعود پادشاه‌مملکت‌عربی سعودی‌است.

۳- در قاهره بچاپ رسیده و آقای هانری لاوست عضو مجمع فرانسوی دمشق آنرا بفرانسه برگردانده که در بیروت ، چاپخانهٔ کاتولیکی ، بسال ۱۹۵۰ ، چاپ شده است.

۴- در چاپخانهٔ المنار ، ذیل کتاب المغنی ، بچاپ رسیده است.

۵- آنرا نیزآقای هانری لاوست به‌فرانسه ترجمه نموده ، و در بیروت بسال ۱۹۴۸ به‌طبع رسیده است.

وابوعبدالله بن بکر زرعی دمشقی معروف به ابن قیم جوزیه (متوفی بسال ۷۵۱ هـ) مؤلف اعلام الموقعین عن‌رب العالمین و الطرق الحکمیة فی‌السیاسة الشرعیة و زاد المعاد فی‌هدی خیرالعباد و غیر آنها .

**انتشار مذهب وجنبش وهابیه**

میان مذاهب سنی دائرهٔ انتشار مذهب حنبلی از دیگران تنگتر بود و این مذهب نخست در بغداد ودر قرن چهارم در خارج از عراق و در قرن ششم در مصر اشاعه یافت .

مذهب حنبلی بدست مجتهدینی مانند ابن تیمیه و شاگردش ابن قیم و غیر آنان ، روح زنده وتازه یافت . وسپس در قرن دوازدهم هجری (هیجدهم میلادی) امام محمدبن عبدالوهاب با جنبش اصلاحی خود موجب تجدید ونشر این مذهب‌در سرزمین نجد گردید. و مذهب جدید در اثر پیروزی وهابیان خصوصاً در زمان عبدالعزیز آل‌سعود شیوع بیشتری یافت .

امروزه مذهب مذکور در کشور عربستان سعودی رسمیت دارد و در دیگر نقاط جزیرةالعرب همچنین درفلسطین وشام‌وعراق وغیره نیز عده‌ای‌پیرو این‌مذهبند وتعداد پیروان این مذهب بیش‌از سه میلیون نفر است[۱].

شیخ محمدبن عبدالوهاب در شهر عیینه (نجد) در سال ۱۱۱۵ هجری متولد ودر سال ۱۲۰۶ وفات یافت ودر ضمن رساله‌های متعددی که باعبارات ساده‌ای نوشته بود، مانند «رسالةالقواعدالاربع» و «کتاب کشف‌الشبهات» و «کتاب‌مسائل‌الجاهلیة» به‌نشر عقاید خود پرداخت و سراسر روزگارش در مبارزه و کوشش و رنج در راه اشاعهٔ تعالیمش سپری گردید .

۱ـ ماسینیون ، در محل مذکور .

ابن عبدالوهاب از مجددان مذهب حنبلی پس از ابن تیمیه و ابن قیم بود و چنین عقیده داشت که در اصول دین رجوع بقرآن وسنت صحیح ضروری است و با تقالید وپیروی‌های کور کورانه «که موجب نابودی اندیشهٔ آزاد ... و علت مرگ روح استقلال ... وخاموشی شعله‌های نشاط میباشد.» و با دست آویز نمودن اینکه «ما وپدران ما و اجداد ما براین رویه بوده‌اند» بمبارزه وجنگ پرداخت واز تمسك به‌شروح ومتون و آراء وعقاید گونا گون‌سر باز زد و بمخالفت بدعت‌های دینی از قبیل مقدس شمردن گنبدها وپرستش گورها برخاست وباطبل‌زنهاوسورناچی‌ها ونی‌زن‌ها و رقاصان که آیات خدائی را بریشخند میگیرند، مخالفت ورزید. و این نوع کارها را منافی ومعارض با روح حقیقی اسلام، وشبیه بت‌پرستی عهد جاهلیت شمرد[۱].

۱ـ رسالة اثرالدعوةالوهابية، محمدحامد الفقی، مصر، ۱۳۵۴ه.

# فصل ششم

## مذاهب از میان رفتهٔ سنیان

### اهم این مذاهب

عدهٔ مذاهب سنی متعدد و از ده مکتب متجاوز بود و متدرجاً تعداد آنها رو بکاهش نهاد و بمرور زمان برخی از آنها منقرض گردید وامروزه جزچهار مکتبی که بیان آنها گذشت مذهبی دیگر باقی نمانده است .

از پیشوایان مذهبهای از بین رفته : عبدالله‌بن شبرمه ( متوفی بسال ۱٤٤ ه ) ومحمدبن عبدالرحمن بن ابی‌لیلی قاضی کوفه (متوفی بسال ۱٤۸ ه) وسفیان ثوری (متوفی بسال ۱٦۱ ه) ولیث بن سعد (متوفی بسال ۱۷۵ ه ) و شریك نخعی (متوفی بسال ۱۷۷ ه) وسفیان بن عیینه ( متوفی بسال ۱۹۸ ه) و اسحق بن راهویه (متوفی بسال ۲۳۸ ه) وابراهیم بن خالد بغدادی معروف بهابی‌ثور ( متوفی بسال ۲٤٦ ه ) را میتوان نام برد . و همچنین اوزاعی و داود ظاهری و طبری از پیشوایان مذاهب از بین رفته بشمار میروند کـه دربـارهٔ این سه مذهب اخیر بطور اجمـال اشاره‌ای می‌شود .

### مذهب اوزاعی

امام ابو عمرو عبدالرحمن بن عمرو اوزاعی منسوب به اوزاع ، قبیله‌ای در یمن وبقولی قریه‌ای در دمشق بود . و در سال ۸۸ هجری در بعلبك متولد شد و در بیروت‌اقامت گزید وهمانجابسال ۱۵۷هجری[۱] بمرد ودرقسمت‌جنوبی ریگزاربیروت که امروزه به‌محلهٔ الاوزاعی معروف است ، بخاك سپرده شد .

امام نامبرده ، فقیه وپارسا و دلیر و بحدیث دانا وپیشوای مردم شام بود وشامیان‌پیرومذهب او بودند وسپس مذهب او به‌اندلس منتقل شد ولی‌پس‌از قرن دوم هجرت و پیدایش مذهب شافعی در شام و مذهب حنبلی در اندلس ، مذهب مزبور منقرض گردید .

این مذهب در شمار مذاهب اهل حدیث[۲] شمرده میشود که رأی و قیاس را معتبر نمیدانستند . مذهب اوزاعی از مذاهب منقرضه است و جز اسمی از آن در کتابها[۳] دیده نمیشود و گویا در کتابخانهٔ دانشکدهٔ قروین در فاس ، پایتخت غرب اقصی ، کتابی خطی از فقه اوزاعی موجود است واگر این خبر درست باشد ، امید میرود که اولیاء امور آنحدود بچاپ آن نسخهٔ نفیس اقدام کنند و از اینراه خدمت بزرگی بتاریخ و احیای علوم شرعی اسلامی نمایند.

---

۱ـ از ابن خلکان ، ج ۱ ، ص ۲۷۵ . و ابن ندیم میگوید وفات او بسال ۱۵۹ ه بوده است ، به‌الفهرست ، ص ۳۱۸ رجوع شود .

۲ـ ابن قتیبه آنرا به‌غلط به‌اهل رأی پیوسته‌است . رجوع‌شود به‌المعارف ، ص۲۱۷.

۳ـ رجوع شود بکتاب سیرالاوزاعی از ابویوسف درجزء هفتم ازکتاب‌الام ، وکتاب محاسن المساعی فی‌مناقب‌الامام ابی‌عمرو الاوزاعی (که باهتمام امیرشکیب ارسلان در چاپخانهٔ حلبی مصر از روی نسخه‌ای بخط زین‌الدین خطیب ، که درکتابخانهٔ برلین پیدا شده ، چاپ ونشر شده است).

## مذهب ظاهری

داود بن علی اصفهانی معروف به‌ابو سلیمان ظاهری در سال ۲۰۰ یا ۲۰۲ ه در کوفه بدنیا آمد ودر بغداد زیست وهمانجا بسال ۲۷۰ ه بمرد . او نخست از پیروان مذهب شافعی بود وسپس مذهب مخصوصی را بوجود آورد[۱] .

چون او به‌ظاهر کتاب و سنت تمسك مینمود ، مذهبش ظاهری نامیده شد و اجماع را باین شرط قبول‌داشت که جمیع علماء امت برچیزی اجماع کنند و قیاس را نمی‌پذیرفت مگر اینکه مستند بنص باشد و از عمل بدلائل دیگر مانند رأی و استحسان وتقلید وغیره سرباز میزد وبنظر او آیهٔ کریمهٔ «فان‌تنازعتم فی‌شیٔ فردوه الی‌الله والرسول[۲]» «کاملتر وجامعتر از هرسخنی است که مردم برزبان میآورند»[۳].

تابعان‌مذهبش فراوان بودند . ازآن جمله‌پسرش محمدبن داود (متوفی‌بسال ۲۹۷ ه) وابن المغلس (متوفی بسال ٣٢٤ ه ) شهرت دارند . این مذهب در اندلس منتشرشد وتا قرن پنجم درآن دیار رواج داشت وسپس روی باضمحلال نهاد تااینکه در قرن هشتم کاملا از بین رفت.

ازکسانیکه بمذهب ظاهری گرویده بودند میتوان ابو محمد علی بن حزم اندلسی معروف به‌ابن‌حزم(متوفی بسال ٤٥٦ه) را یاد کرد که دارای تألیفات‌زیادی مانند کتاب الاحکام لاصول الاحکام در هشت جزء ، ومختصرالنبذ فی‌الفقه الظاهری، و کتاب المحلی فی فروع الفقه در یازده جزء ، و کتاب الفصل فی الملل و الاهواء و النحل وغیره میباشد.

---

۱ــ ابن‌خلکان ، ج ۱ ، ص ۱۶۵ .

۲ــ سورهٔ نساء (۴) ۵۹ .

۳ــ الاحکام لاصول الاحکام از ابن‌حزم ، ج ۱ ، ص ۹ ، و ج ۵ ، ص ۱۶۰ ، وج۷ ص ۵۵ ــ ۵۶ .

ابن حزم مؤلفی دانشمند و در استدلال نیرومند بود ولـی در عبارات خود سخنان درشت بکار میبرد واز استعمال سخنان نیش‌دار دربارهٔ مخالفان‌خود، خودداری نمیکرد. مثلا اقوال ابوحنیفه و پیروان او را، دروغ وناشی از حماقت میشمرد.

با وجود اینکه این مذهب به‌ظواهر نصوص تمسك می کرد واز رأی و قیاس دوری می‌جست، باز گاهی به‌نظریاتی برخوردمیکنیم که مخصوص به‌این مذهب‌است و با دیگر مذاهب اسلامی مخالفت دارد. گرچه بـا نظریات حقوقی امروزی غرب نزدیك است. مثلا در هیچیك از مذاهب شرع اسلام بر زن دارا واجب نیست که‌نفقهٔ شوهر نادار خود را بپردازد جز در همین مذهب[1].

## مذهب طبری

ابوجعفرمحمد بن جریرطبری درآمل طبرستان‌بسال۲۲٤ ه متولدشد ودرسال ۳۱۰ ه دربغداددر گذشت ودردانش‌های‌زیادی دست داشت ومؤلف‌تاریخ‌معروف‌طبری وتفسیر کبیرقرآن‌است که دربارهٔ‌آن گفته‌اند که: «بهتراز آن‌کاری دراین‌زمینه‌انجام نیافته است». امام نامبرده مسافرت‌ها نمود و فقه‌شافعی و مالك و فقه اهل رأی را بیاموخت. وسپس مذهبی مخصوص به‌خود بر گزید واین مذهب در بغداد رواج‌یافت. ابو الفرج معافای نهروانی وعده‌ای دیگر[2] از پیروان مذهب او بودند. طبری در فقه تألیفاتی دارد که مهمترین آنها عبارتند از: کتاب اللطیف، وکتـاب الخفیف، وکتاب‌البسیط، وکتاب‌الآثار، وکتاب‌اختلاف‌الفقهاء. ودر کتاب اخیرخودبمقایسهٔ

---

۱ـ المحلی از ابن‌حزم، جلد ۱۰، شماره ۱۹۳۰.

۲ـ برای دانستن اسامی‌باقی اصحاب وی وجویندگان مذهبش به‌الفهرست از ابن‌ندیم ص ۳۲۷ـ۳۲۹ مراجعه‌فرمائید.

مکاتب فقهی اسلامی پرداخته است.[۱]

مذهب‌طبری دراواسط قرن پنجم هجری ازهم‌پاشید ودراعماق‌تاریخ فرورفت.

از نکات جالب توجه برای طرفداران حقوق زن در این روزگاران این‌است که دراین مذهب ومذهب‌ظاهری که ذکر آن گذشت، زنان اجازه دارند که در کلیهٔ امور قضاوت و دادرسی نمایند. در صورتیکه ابوحنیفه فقط در امور مالی برای‌زنان حق قضاوت قائل شده است ومذاهب دیگر این‌حق را بطور کلی از طبقهٔ نسوان‌سلب کرده‌اند[۲].

---

۱ـ از آن قطعهٔ خطی درکتابخانهٔ مصر باقی بود، که در سال ۱۳۲۰ ه در قاهره بچاپ رسید.

۲ـ بدایةالمجتهد (ج ۲، ص ۳۸۱). المحلی (ج ۹، شماره ۱۸۰۰).

# فصل هفتم

## مذاهب شیعه

### اهل تشیع

مذهب‌هائیکه پیشتر یادآوری‌شدند،مذاهب سنی‌نامیده‌میشوند ، زیرا منسوب باهل سنتند که پس از وفات پیغمبر اکرم ﷺ بترتیب بخلافت ابوبکر صدیق و عمربن خطاب وعثمان بن‌عفان (رضی‌الله‌عنهم) قائلند .

ولی شیعیان دراین مورد با سنیان بمخالفت برخاستند وپس‌از پیامبرخلافت‌را سزاوار علی بن ابیطالب (کرم‌الله وجهه) دانستند . چه او از اهل‌بیت پیامبر و پسر عمو وشوی دختر او فاطمه و نخستین مردی بود که اسلام آورد . وبنا بگفتار آنان ، پیامبر او را بجانشینی خود برگزید . آنان بجهات مذکور از علی پیروی میکنند و شیعه ( پیرو ) نامیده شده‌اند و شیعیان تقریباً یك دهم مسلمین جهان را تشکیل میدهند [1] .

بطوریکه پیشتر گذشت اختلاف سنی وشیعی برپایهٔ اختلاف سیاسی بود که از اوائل تاریخ اسلامی شروع شد وهمچنان‌ادامه دارد ودر آن موقع شیعیان را این‌هدف

---

۱ـ ماسینیون ، در محل مذکور .

بود که حق اهل بیت پیامبر را از ابوبکر و عمر و عثمان و خلفای اموی و عباسی بگیرند ولی ادامهٔ اختلاف این دو فرقه درحال حاضر توجیه مناسبی ندارد.

وهمچنین میان شیعه وسنی در مسائل دیگر از قبیل امامت و اجتهاد و ادله و اصول وفروع عبادات ومعاملات اختلاف‌هائی وجود داشت که به‌بعضی‌از این‌اختلافات در محل خود اشاره خواهد شد.

مسألهٔ امامت‌خود موجب انقسام واختلاف‌اهل شیعه وپراکندگی آن بفرقه‌ها ودسته‌هائی گردید که‌مهمترین آنها به‌ترتیب عبارتنداز: شیعهٔ‌امامیه ، زیدیه ، اسمعیلیه. پیروان کلیهٔ این‌فرق‌براین‌متفق‌اند که‌امامت حق خاندان پیغمبراست ونیز در چهار امام نخستین یعنی علی‌بن‌ابیطالب و دو پسرش حسن و حسین و علی‌بن زین‌العابدین فرزند حسین اتفاق دارند.

واما از آن به بعد افتراق پیدا میکنند وزیدیه به‌امامت زید پسر علی و بقیه بامامت ابوجعفر محمدباقر وبعد از او به‌پیشوائی جعفر صادق قائلند و پس از او به‌دو گروه منشعب میشوند ؛ فرقه اسمعیلیه هفتمین امام را اسمعیل پسر جعفر صادق میدانند ولی فرقهٔ امامیه یادوازده‌امامی بترتیب به‌پیشوائی موسی‌الکاظم ، علی‌الرضا ، محمدالجواد ، علی الهادی ، حسن عسکری و امام دوازدهم محمد المهدی المنتظر قائلند واینك به‌هریك از مذاهب فوق باجمال اشارتی میکنیم[1].

**شیعهٔ امامیه**

این گروه از شیعه بلحاظ اینکه بدوازده امام معتقدند ، دوازده امامی و از لحاظ اهمیتی که بامام واعتقادی که به‌عصمت ائمه ومهدی منتظر دارند[2] امامیه‌نامیده

---

١ــ ضحی‌الاسلام ، ج ٣ ص ٢٠٨ وبعد .

٢ــ رجوع شود به‌الملل و النحل شهرستانی ( حاشیهٔ الفصل فی الملل و الاهواء *

# مقدمهٔ چاپ اول

روزگارها میگذرد و قرن‌ها سپری میگردد ودر این خلال تاریخ آثار جاوید خودرا بیادگار میگذارد . اوراق تاریخ آئینهٔ تمام نمای وقایع بزرگ اجتماعی است، آئینه ایکه حوادث دور را مانند شبحی لرزان در برابر دیدهٔ ما نمایش میدهد و واقعیات نزدیك را بصورتی روشنتر جلوه گر میسازد ، دوره‌ها را راکد و جامد ، نزدیک‌ها را زنده ومتحرك می‌بینیم که دائماً پیش ما جاری میشوند و بدور ماچرخ میزنند . میان حوادث تاریخی رابطهٔ محکمی است که همواره آنها را در سیر تاریخی متوازن بهم متصل میسازد واین رابطه مانند موجی است در گذرگاه زمان ومکان که گذشته را با حال وسابق را بالاحق پیوند میزند .

این است که ما برای درك واقعی تازه‌ها ناگزیر از فهم عمیق وقایع قدیم وتحلیل وتوجیه موجبات تحول وتطور آنها هستیم وباید علل وجودی و کیفیت نشوء ونمو آنها را دریابیم .

یکی از حقایق ثابت تاریخ این است که پدیده‌های زندگی اجتماعی باتغییر زمان ومکان دستخوش تنوع وتغییرند و قوانین مدنی و شرایع اجتماعی نیز از جمله

شده‌اند .

ادلهٔ تشریع در مذهب این شیعیان عبارت است از کتاب وسنت واجماع[1] ودر خصوص وقوع تحریف در قرآن‌مجید بین دانشمندان‌شیعهٔ امامیه اختلاف نظروجود دارد ولی قول مختار برعدم وقوع آنست[2]. و در مورد سنت احادیثی را قبول دارند که اسنادش به‌اهل‌بیت بر گردد واین احادیث را اخبار مینامند .

و حجیت اجماع در نظر آنان نه‌برای اتفاق دانشمندان برقولی میباشد وبس بلکه از آن جهت معتبر است که برقول‌امام معصوم نیز مشتمل‌است[3]. اما قیاس در نظر اخباریان‌ممنوع و نزد اصولیان مقبول شمرده شده است[4،5] .

اما در فروع فقه مذهب شیعهٔ امامیه اختلاف چندانی بامذهب شافعی ندارد .

---

* والنحل از ابن حزم ، مصر ، ١٣٤٧ ه ؛ ج٢ ، ص ٢ وبعد). همچنین نگاه‌کنید به‌ضحی الاسلام(ج ٣ ص ٢١٥ ، وص ٢٢٦-٢٢٩ ) آنچه دربارهٔ مهدی‌یعنی امام منتظر آمده است که بازخواهد گشت‌ودشمنانش را منکوب وزمین را پرازعدل و داد خواهدکرد . و آنچه از عمل اهل شیعه به‌تقیه بیان شده است ، وتقیه روشی‌مرموز وپوشیده است در احوال‌آنان ، تازمانی که سختی‌ها ومشکلات پایان یابد .

١ـ بعداز اجماع، ادلهٔ عقلیه نزد شیعیان امامیه ازمنابع‌حقوق شمرده‌میشود(مترجم).

٢ـ وسیلةالوسائل فی‌شرح الرسائل در علم‌اصول از حاج سید محمد باقر ، چاپخانهٔ تبریزی ، ١٢٩٠ ه ، ص ٦١ .

٣ـ حل‌العقول لعقدالفحول از محمدباقر مرتضی طباطبائی که با وسیلةالوسائل چاپ ویکجا مجلد شده است. ص٤٤ .

٤ـ تذکرة الفقهاء ازحلی (ج١، ص١) ، وسیلةالوسائل(ص٧) ،حل‌العقول (ص٥٣).

٥ـ فرقهٔ اخباریان از شیعهٔ امامیه جزکتاب وسنت چیزی را حجت ندانسته و به‌هیچ نوع رأی واجتهاد واستدلال عقلی قائل نیستند . و اصل‌احتیاط را تعمیم‌داده ودر مواردبرائت نیز همان را بکار میبرند ودر مقام تعارض‌دلیل عقلی ونقلی بخلاف اصولیان دلیل نقلی‌را مقدم میدارند . ولی اکثر دانشمندان اهل شیعه اصولی هستند . (مترجم)

بطوریکه برخی این مذهب را بعنوان مذهب پنجم ودر ردیف‌مذاهب چهار گانهٔ سنت قرار داده‌اند . از مسائل خلافی در فروع جائز بودن متعه یا ازدواج موقت و بعضی از مسائل ارث وغیره میباشد .

امام جعفر صادق ( ۸۰ یا ۸۳ ـ ۱٤۸ هـ ) نزد شیعیان امامیه شهرت بسزائی دارد و او از بزرگان مجتهدین بوده وبه‌راستی وشرافت و دانش معروف بود و این مذهب را گاهی به‌او نسبت می‌دهند و « مذهب جعفری » می‌نامند و زرارة بن اعین (متوفی بسال ۱۵۰ هـ ) ودو فرزندش حسن و حسین و عدهٔ زیاد دیگری نیز در این مذهب اشتهار دارند[1] .

تردیدی نیست که فرقهٔ امامیه بزرگترین فرقه شیعه است ودر ایران سیزده میلیون ودر پاکستان وهندشش‌میلیون ودرعراق‌نزدیك به‌دومیلیون ودرلبنان‌نزدیك به دویست و سی و پنجهزار[2] و در سوریه قریب یازده هزار نفر شیعهٔ امامیه زندگی میکنند[3] .

مذهب امامیه ازآغاز فرمانروائی خاندان صفویه (منسوب به‌اسمعیل صفوی) سال ۹۰۷ هـ (۱۵۰۱) تاکنون مذهب رسمی دولت ایران بشمار میرود .

---

۱ـ رجوع شود به‌الفهرست ابن ندیم ، ص ۲۰۷ـ۲۱۴ و۲۷۵ـ۲۷۹ . از کتابهای معروف شیعیان : کتاب‌شرائع‌الاسلام ازجعفربن حسن‌حلی معروف به‌محقق (متوفی بسال۶۷۶ هجری یا ۱۲۷۷ م ) وشرح آن جواهرالکلام از محمد حسن نجفی متوفی در اواسط قرن سیزدهم وتذکرةالفقهاء ازمحسن‌بن یوسف‌حلی در دوجزء ، وکتاب مفتاح‌الکرامة شرح‌قواعد علامه تصنیف محمدجواد بن‌محمد حسینی عاملی (متوفی بسال۱۲۲۶هـ) ، وکتاب وسائل‌الشیعه الی مسائل الشریعة ازمحمدبن‌حسن‌بن علی‌حر عاملی (متوفی بسال ۱۱۰۴هـ) وکتابهای‌حدیث که بیان آنها خواهدآمد .

۲ـ در اواخر سال ۱۹۵۱.

۳ـ ۱۷۴ ، ۱۰ ، درگزارش تقدیمی بجامعهٔ ملل بسال ۱۹۳۴.

گرچه در قرن هیجدهم در ایران فعالیت‌های زیادی برای توحید مذاهب شیعه وسنی بعمل آمد ولی به‌نتیجه نرسید .[1]

در سوریه ولبنان پیروان این مذاهب را «شیعهٔ مناوله» ـ جمع متوالی یعنی پیروان امام علی‌بن‌ابیطالب ـ مینامند ودر لبنان دادگاههای شرعی مخصوصی‌دارند که در احوال شخصیه بین آنان دادرسی وحکومت مینماید و دادگاههای مذکور را «المحاکم الجعفریه» می‌نامند .

شیعهٔ زیدیه

این گروه از شیعیان زیدبن‌علی‌را امام پنجم میدانند وبعد از او بامامت‌اولاد فاطمه دخت پیامبر قائلند . وامام زید در سال ۱۲۲ هـ درجنگ بامردان خلیفهٔ‌اموی هشام‌بن‌عبدالملك وبدست آنان کشته شد وهمچنین پسرش یحیی پس از سه سال در شورشی که علیه ولیدبن یزید نمود، بقتل رسید .

از مجتهدین زیدیه حسن بن صالح بن حی (متوفی بسال ۱۶۸هـ) و حسن بن زیدبن‌محمد ملقب به «الامام الداعی الی‌الحق» که از سال ۲۵۰ تاسال وفاتش ۲۷۰هـ در طبرستان پادشاهی داشت ، وقاسم بن ابراهیم علوی ، و نوادهٔ‌اویحیی‌الهادی ، و ابوجعفر مرادی وغیره آوازه یافتند[2].

از کتابهای قدیم زیدیه کتاب «المجموع» حاوی اخبار وفتاوی منقول ازامام زیدبن علی است که برحسب موضوع ترتیب یافته‌است[3]. وامروزه کتاب‌الروض‌النضیر

---

۱ـ رجوع شود به‌کنفرانس‌های گولدزیهر (*Le Dogme et ta Loi de l'Islam*) ، صفحهٔ ۲۴۷ـ۲۴۹ .

۲ـ الفهرست از ابن‌ندیم ، ص ۲۷۴.

۳ـ گریفینی (*Griffini*) آنرا در میلان بسال ۱۹۱۹ م بچاپ رسانده است .

در شرح مجموع الفقه‌الکبیر[1] تألیف شرف‌الدین حسین‌بن احمدحیمی (متوفی بسال ۱۲۲۱ه) از کتابهای معروف آنان بشمار میرود .

شیعهٔ زیدیه نسبت به‌خلفای پیش از علی‌بن ابیطالب نظرمعتدلی دارد وخلافت ابوبکر وعمر را بنا بقاعدهٔ «جواز امامت مفضول با وجود افضل»[2] نزدخود، صحیح میدانند وزیدیه نزدیکترین فرقهٔ شیعه بمذاهب سنی‌هستند ومرکزشان شهرهای‌یمن است وعددشان به‌سه میلیون واندی بالغ میگردد[3] .

## شیعهٔ اسمعیلیه

این اقلیت‌ازشیعیان‌همانهائی‌هستند که امامت امام موسی‌الکاظم را نپذیرفتندو بامامت برادر بزرگ او ، اسمعیل معتقدند . این مذهب در مصر پدیدآمد واز سال ۹۰۹ تا سال ۱۲۶۱ میلادی خلفای فاطمی از این مذهب پیروی میکردند و امروز اسماعیلیان دو فرقه‌اند :

۱ـ فرقهٔ اسماعیلیهٔ شرقی که مرکزش در هند است ودر ایران وآسیای میانه نیز پیروانی دارد وریاستش به‌عهدهٔ امیرمحمدشاه معروف به‌آقاخان[4] است که بعقیدهٔ آنان‌چهل وهشتمین‌امام بعد از پیغمبراست ویکدهم از اموالشان را به‌وی میپردازند وتعدادشان‌درهند انگلیس به‌یك میلیون نفر میرسد[5] .

---

۱ـ باتتمه‌اش از عباس‌بن احمد حسینی یمنی در پنج مجلد ، در چاپخانهٔ سعادت‌مصر در سال ۱۳۴۷ـ۱۳۴۹ ه چاپ شده است .

۲ـ الملل و النحل از شهرستانی (در حاشیهٔ کتاب ابن‌حزم) ، ج۱ ص ۱۶۰.

۳ـ برحسب تخمین‌کتاب ( *Guide to the peace* ) ، چاپ نیویورك ۱۹۴۵،زیرنظر آقای‌سامنرولز ، ص ۳۳۶ .

۴ـ پس ازفوت آقاخان، امامت وپیشوائی این گروه‌با نوه‌اش کریمخان است.(مترجم)

۵ـ کتاب‌ماسینیون(*Annuaire du monde Musulman*) ،پاریس،۱۹۲۳ صفحه۲۹۱.

۲ـ فرقهٔ اسماعیلیه غربی که در شهرهای جنوبی عرب و کرانه‌های خلیج‌فارس وجبال حماه و لاذقیهٔ سوریه منتشرندو تعدادشان در سوریه باعلویان به‌بیست هزار و پانصد تن میرسد[۱].

اما فقه اسماعیلیه شهرتی ندارد ودر این‌خصوص به کتاب «دعائم الاسلام»[۲] از قاضی نعمان‌بن محمد تمیمی مغربی (متوفی بسال ۳٦۳ هـ) میتوان توجه کرد که نسخه‌هائی از آن وجود دارد گرچه همهٔ آن کتاب یکجا چاپ نشده‌است ولی اخیراً کتاب وصیت[۳] و کتاب جهاد و مقدمات آن کتاب[٤] منتشر شده است .

۱ـ ازگزارش تقدیمی به‌جامعهٔ ملل سال ۱۹۳۴.

۲ـ به کتاب «المقدمة لدرس الشرع الاسلامی» تألیف فیضی (با نگلیسی) مراجعه‌شود، اکسفورد ۱۹۳۱ ، ص ۳۲ـ۳۳ ، ونیز به‌نام مصنفان کتاب‌های اسمعیلی‌درالفهرست ابن‌ندیم ، ص۲٦۷ به‌بعد ، مراجعه شود.

۳ـ به‌تحقیق آصف‌بن علی‌اصغر فیضی ، چاپ اکسفورد ۱۹۳۳.

۴ـ همچنین به‌تحقیق فیضی ، چاپ مصر ، ۱۹۵۱.

# فصل هشتم

## قوانین عثمانی و مجلهٔ احکام عدلیه

### فکر تدوین قانون رسمی

در فصول گذشته پیدایش مذاهب اسلامی و اختلاف آنها را در اصول و فروع فقه بیان کردیم و ازوضع تشریع و قانونگذاری در دوران جمود و از سپری شدن دوران طلائی اسلام مستحضر شدیم . وهمچنین توضیح دادیم که چگونه از اجتهادباز ایستادند و تقلید عمومیت یافت و تألیفهای گوناگون از متن‌های مختصر گرفته تا شرح‌ها وشرح شرح‌ها وحاشیه‌ها وتکمله‌ها و مجموعه‌های فتاوی وتنقیح آنها رواج یافت . بطوریکه بحث وغور در موضوعات فقهی در شمار سخت‌ترین کارها درآمد .

آنچه برسختی این امرمی‌افزود ، این بود که احکام شرعی در معاملات رسماً تدوین نشده بود . در عهد عثمان‌بن عفان ۳۰ ه (۶۵۰ م) قرآن براساس یك قرائت واحد جمع آوری شد واما سرنوشت حدیث جز این بود زیرا عمربن‌خطاب با جمع‌آوری اخبار وسنن مخالفت کرد وازآن بیم داشت که مردم به‌حدیث اقبال کنند واز توجه آنها به‌قرآن کاسته شود.

دراوائل‌قرن دوم هجری (قرن‌هشتم‌میلادی) خلیفه اموی ، عمربن‌عبدالعزیز

چون دانش‌ودانشمندان رادرمعرض‌زوال ونابودی میدید، بر آن‌شد که به‌جمع‌آوری سنت اقدام کند ، و به‌ابوبکربن‌حزم نامه‌ای نوشت که احادیث را جمع‌آوری کند. اما مرگش فرارسید و باتمام این مهم توفیق نیافت[1] واحکام معاملات در یك قانون عمومی درج نگردیدوثمره‌ای جز پراکندگی آراء واقوال واجتهاد ببار نیاورد.

**کوشش‌های ابن مقفع وابوجعفر منصور**

عبدالله‌بن مقفع (متوفی بسال ۱٤٤ ه) اصلا پارسی ونویسنده‌ای توانا بود و به‌دانش وادب و بلاغت شهرتی بسزا داشت وترجمه‌های او ازفارسی به‌عربی‌نیز مایهٔ اشتهار او گردید[2] .

درآغاز دوران عباسیان چون ابن مقفع هرج و مرج وخودسری در مذاهب را بدید ، در «رسالةالصحابة» خود چگونگی را بخلیفهٔ وقت ابوجعفر منصور نوشت وزیان خودسری در اجتهاد وپراکندگی آراء مذهبی را بوی باز نمود و تدوین یك قانون عامی را که مستخرج‌از کتاب وسنت ، ودرصورت نبودن‌نص، مأخوذ ازآرائی باشد که برمبنای دادگری ومصلحت عمومی صدور یابد ودر کلیهٔ کشورهای اسلامی یکسان جاری شود ، مفید وضروری دانست.

اینك قسمتی از نامهٔ ابن مقفع آورده میشود : « بطوریکه امیرالمؤمنین می‌بیند ، اختلاف قوانین واحکام در نقاط مختلف کشورهای اسلامی واحیاناً تناقض آنها امر مهمی است . .. چنانچه امیرالمؤمنین فرماید که کلیهٔ احکام و روش‌ها در کتابی جمع گردد وبه‌همراه روش استدلالهای هرقوم بحضور او تقدیم شود ودرآنها بدقت بنگرد ودر هر مورد رأی خود را بدهد و فرمان دهد که کتاب‌جامعی دراین

۱ــ تنویرالحوالك درشرح موطأ مالك ، ج ۱ ص ۴ .

۲ــ او مترجم‌کتاب معروف «کلیله ودمنه» است.

باره تدوین گردد تا دادگاهها رأیی مخالف آن صادر نکنند ، در این صورت امید میرود که خداوند ، این احکام گوناگون آمیخته را به صواب راهبری کند وتقریب این‌روش‌ها که بارأی و فرمان امیرالمؤمنین صورت میگیرد مایهٔ وحدت کلمه‌واجماع گردد.»[۱]

این‌بود پیشنهادابن‌مقفع ، گرچه‌این پیشنهاد هرگز عملی نشدزیرا فقیهان و کسانیکه می‌بایست عهده‌دار این امر شوند از ارتکاب خطا در تصمیمات و اجتهادات خود بیمناك بودند و نخواستند پیشینهٔ کار را چنان نهند کـه مردم را به‌پیروی از نظریات خود اجبار کنند[۲].

روایتی از ابو منصور نیزاین قول را تأیید میکند : او درسال ۱۴۹ﻫ موقع تشرف به‌حج از امام مالك بن انس خواست که تمام مردم را به‌عمل به مذهب خود وا دارد . ولی‌امام خودداری کرد، و گفت : «هر قومی گذشته‌ای وپیشوایـانی دارد واگر امیرالمؤمنین کـه خداوند او را پیروز گرداند ، صلاح بدانند هر قومی را بحال خود واگذارند .

سپس در سال ۱۶۳ ﻫ (۷۷۷م) خلیفهٔ نامبرده در ایام حج پیشنهاد خودرا به مالك‌تجدید کرد، وباو گفت : «ای ابو عبدالله به‌تدوین فقه پرداز و کتابهائی در این دانش بنویس و از سختگیریهـای ابن عمرو ، رخصت‌های ابن عباس و شواذ ونوادر ابن مسعود اجتناب کن و در آن میان راهی معتدل که مورد اجماع ائمه و صحابـه رضی‌الله‌عنهم‌باشد پیش گیر، تابخواست خداوند مردم‌را وادار کنیم که برحسب دانش و کتاب توعمل کنند وآنرادرتمام کشورها منتشرسازیم وبمردم دستور دهیم‌تابرخلاف

---

۱ـ تاریخ القضاء فی‌الاسلام ازآقای عرنوس ، ص ۸۴ـ۸۵ .

۲ـ اقوال پیشوایان را در مذمت تقلید بعدها نقل خواهیم‌کرد.

آنها رفتاری ننمایند».[1]

پس امام مالک کتاب الموطأ را بهرشتهٔ تحریر درآورد . ولیچه درآنموقع وچه در زمان هارونالرشید نخواست مردم را بهپیروی وانقیاد ازمذهب خود وادار کنند . وهمین روش تا پیدایش دولت عثمانی ادامه یافت وقوانین فقهی درکشورهای اسلامی بصورت مدون رسمی نگاشته نشد و کسی کـه میخواست از احـکام شریعت اطلاعی پیدا کند ، میبایست به کتب عمدهٔ فقهی وشروح و حواشی و کتابهای فتوی مراجعه نماید .

### فتاوی هندی

یکی ازکسانیکه در قرن یازدهم هجری (هفدهم میلادی) بر جمع فتویها همت گماشت ، محمد اورنگ زیب بهادر عالمگیر[2] پادشاه هند بود که مقرر داشت مشاهیر دانشمندان هند بهریاست شیخنظام ، کتابیجامع کلیهٔ روایاتیکه مورداتفاق همگان و مستند فتاوی بزرگان باشد ، تنظیم کنند ونیز نوادری راکه مورد قبول دانشمندان است درآن گردآورند . این کتاب که بهفتاوی هندیه یافتاوی عالمگیریه معروف است و بدان پادشاه منسوب ، در شش جزء بزرگ بصورت هدایهٔ مرغینانی ترتیب یافت . ومانند سایر کتب فقهی درآن کتاب ازعبادات ومعاملات بحث شدهاست ویکی از مراجع مشهور فقهحنفی است . این مجموعهٔ تقریباًشبه رسمی مانند قوانین

---

۱ـ الامامة والسیاسة از ابن قتیبه (ج ۲ ، ص۱۵۰ـ۱۵۹) ، والانتقاء از ابنعبدالبر (ص ۴۱) .

۲ـ ۱۰۲۸ـ۱۱۱۸ ه (۱۶۱۸ـ۱۷۰۶ م) . شرح حال او را درقاموس الاعلامسامی بیك (استانبول ۱۳۰۶ ه ، ج ۴ ، ص ۳۰۴۹) ودرالموسوعة الاسلامیة زیرعنوان اورنگزیب (*Encyclopedia of Islam, Ve Awrangzeb*) ملاحظه فرمائید .

جدید الزامی نبود ونیز در شکل واسلوب همانند قوانین امروزی نگاشته نشده بود بلکه حاوی مسائل فراوان بود که برخی‌ازآنها حقیقی وبرخی بصورت فرضی‌بودند ودر ذیل هریك ازآنها قول یا اقوال مختار وبرگزیده بیان شده بود .

**قوانین عثمانی**

در قرن نوزدهم قوانین تازهٔ اروپائیان بصورت مدون درآمد و دولت‌عثمانی دریافت که نیازمندیهای زمان مستلزم وضع قوانینی متناسب با وضع حاضر است . در سال ۱۸۵۰ قانون تجارت عثمانی از قانون فرانسه نقل و در سال ۱۸۵۸ قانون اراضی وضع شد . سپس برای تدوین قانون کیفری نیز از قانون فرانسه استفاده شد وبعد باتوجه به‌قانون‌ایطالیا تعدیلات‌زیادی درآن معمول گردید وآئین دادرسی بازرگانی در سال ۱۸٦۱ وبازرگانی دریائی درسال ۱۸٦٤ و قانون اجراء در سال ۱۹۰٦ وقوانین پراکندهٔ دیگرازقبیل قانون اموال‌بی‌سرپرستان وقانون دادگاههای بخش و اصول دادرسی شرعی وغیره وضع وتدوین یافتند .

بنابراین معظم قوانین عثمانی چه از نظر روح ونصوص وچه از نظر شکل‌از قوانین خارجی اقتباس شده‌اند ودولت‌عثمانی دراین‌خصوص‌به‌لزوم‌جهش دربازرگانی و تطورات اجتماعی توجه‌داشت و بعضی از مدونات قانونی عثمانی با شریعت اسلام سازگار وبرخی دیگر مغایر ومخالف جلوه گرشد .

مثلا در قوانین عثمانی مجازاتهای بریدن دست سارق ویا شلاق زدن وامثال آنها ، برداشته شده وبا وجود تحریم ربا درشرع بموجب‌آئین دادرسی مدنی ( ماده ۱۱۲ )وقانون مرابحه[1] ربا جائز شمرده شد ، که فعلا مجالی‌برای بسط مطلب‌نیست وبحث درآن از موضوع ما خارج است .

۱ـ بمادهٔ یکم قانون جدید مرابحه، صادره درسال ۱۸۸۷، رجوع شود.

مظاهر حیات اجتماعی محسوب میشوند واز حرکت زمان وتغییر محیط متأثـرند. از این جهت علل دگرگونی قوانین در اختلاف عصر و مصر و گوناگونی عـادتها و تقلیدها و خوشی‌ها و ناخوشی‌های مخصوص امت ها و ملت‌ها دیده میشوند. و امـا قوانین مختلف نظر بعللی که هستۀ مرکزی آنها بشمارمیروند ونظر بسبب‌های‌وجودی خود از جهات عدیده بایکدیگر نزدیکند واز این‌رو هرگاه به‌تطبیق و مقایسۀ این شرایع بپردازیم یك سلسله وجوه اشتراك در عین تباین در آنها دیده میشود. وجوه اختلاف واشتراك قوانین اعم از قدیم و جدید نویسنده را باندیشۀ تصنیف این کتاب انداخت و این کتاب جز یك مقدمۀ مختصری از بررسی در امر قانونگذاری‌اسلامی بر وفق مذهب‌های گوناگون آن وشرایع جدیده نمیباشد.

در نگارش این رساله کوشش فراوان بکار بردم که قضایا را از منابع صحیح وموثق بدست‌آورم و به‌لحاظ کثرت وتشتت مراجع مجبور بودم مصادر اصلی‌را مورد مداقه قرار دهم واین امر باتوجه باینکه چاپ‌های قدیمی بسیار درهم و برهم و روی برگها و ورق‌پاره‌های زرد رنگ بی‌ارزش وبا حواشی وهوامش ناخوانا همراه است بسیار مشکل وپر زحمت می‌بود و مطالعۀ این نوع کتب بقدری سخت و دشوار است که بعضی خواننده‌ها را دلتنگ وبیزار می‌نماید وبدون توجه به‌گوهر حقیقی آنها به‌سبب هراسی که از قیافۀ ظاهرشان دارند رهایشان میکنند.

من به‌عمل منفی آنان‌خوشبین‌نبوده وباآن برگهای زرد پیوند الفت و ارادت بسته‌ام و افتخار میکنم که دل خود را در گروآنها نهاده وعاشقانه بدنبالشان هستم. چه‌آنها گنجینه‌های اندیشۀ بشری بشمار میروند وخزینۀ مساعی و کوششهائی هستند که گذشتگان ما در میدان دانش بعمل‌آورده وبرگزیده‌ترین و ارزنده‌ترین فکرها را از خود بجای گذارده‌اند ومقصود اصلی من‌این است که بقدر امکان مکنونات‌این دفینه‌های زرد رنگ‌را بیرون بکشم و سپس آنهـا را با نظریات جدید انطباق دهم و

**مجلهٔ احکام عدلیه**

دولت عثمانی تدوین قانون مدنی را نیز وجههٔ همت‌خود قرار داد وانجمنی بنام جمعیت مجله ( مجله جمعیتی ) مرکب از هفت نفر بریاست احمد جودت پاشا ناظر دیوان احکام عدلیه ، برگزید . در ابتداء اعضاءِ انجمن مزبور عبارت بودنداز احمد خلوصی و احمد حلمی از اعضاءِ دیوان احکام عـدلیه و محمد امین جندی و سیف‌الدین از اعضاءِ شورای دولتی و سید خلیل بازرس اوقاف وشیخ محمد علاءالدین بن عابدین[۱]. واما در اثناء عمل در شمارهٔ اعضاءِ این انجمن تغییرات و تبدیلاتی‌راه یافت .

هدف‌انجمن مذکور «تألیف کتابی بود در معاملات فقهی کـه دقیق و سهل‌المأخذ و عاری‌از اختلافات ونیز محتوی براقوال مختار ومشهور باشد که مطالعهٔ‌آن برهر فردآسان شود .»

سبب تدوین کتاب مزبور را میتوان‌ازتقریریکه‌خود انجمن ، درسال ۱۲۸٦ھ (۱۸٦۹ م ) به‌پیشگاه صدراعظم وقت عالی پاشا عرضه میدارد ، بدست آورد : « علم فقه دریائی‌است بیکران و استخراج گوهرها ومرواریدهـای‌آن متوقف بردارابودن ملکهٔ‌کلی ومهارت علمی است ، مخصوصاً در مذهب حنفی که دانشمندان بسیاری با استعدادهـای متفاوت در آن برخاسته‌اند . واختلاف‌های زیادی در‌آن‌مذهب‌بوجود

---

۱ــ شیخ محمد علاءالدین بن‌عابدین مؤلف قرة عیون الاخبار درتکملهٔ رد المختار ، پسر محمدامین بن عابدین (متوفی‌بسال ۱۲۵۲ھ، ۱۸۳٦ م) مصنف‌کتاب‌العقود الدریة فی‌تنقیح الفتاوی الحامدیة وکتاب ردالمحتار علی‌الدر المختار در شرح تنویرالابصار معروف بحاشیة ابن‌عابدین‌وغیر آنها میباشد . شیخ محمد علاءالدین در اوائل تکملهٔ خود (ص ۴) میگوید که بعداز قریب سه‌سال همکاری از جمعیت مجله استعفا داد وبه‌میهن خود ، دمشق،شام بازگشت چون دلش «از آتش فراق میهن وخانواده ویاران صدیق تافته شده بود » .

آمده است و باوجود این چون فقه شافعی منقح نشده و مسائل آن بصورت پراکنده باقیمانده است پس جدا کردن قول صحیح از میان آنهمه عقاید گوناگون و تطبیق قضایا بر آنها ، سخت دشوار است ؛ بعلاوه باگذشت زمان مسائلی که برپایهٔ عرف و عادت استوار است در معرض تغییر قرارگرفته است .

انجمن مجلهاز سال ۱۲۸۵ ه (۱۸۶۹ م) بهکار آغاز کرد ومقدمه و کتاباول مجله را بهشیخالاسلام ودیگر مقامات عرضه کرد و تهذیب و تعدیلات لازم را درآن بعملآورد ، آنگاه اعضاء جمعیتاینکاررا میانخودتقسیم کردند و هر گروهبقسمتی پرداختند ولی رئیس انجمن در تنظیم کلیهٔ ابواب شرکت داشت ودر سال ۱۲۹۳ ه (۱۸۷٦ م ) کار آنان پایان یافت.

این بود چگونگی تدوین قانون مدنی در کشور عثمانی که بهفرمان سلطان عثمانی بنام «مجلهٔ احکام عدلیه»[1] انتشار یافت .

**محتویات مجله**

مجلهٔاحکامعدلیهمشتمل بریکهزاروهشتصدوپنجاهویك(۱۸۵۱)مادهو منقسم بهیك مقدمه و شانزده کتاب است . و مقدمهٔ آن از یکصد ماده فراهم شده که مادهٔ اول در تعریف دانش فقه وتقسیمات آن وبقیه مواد در بیان قواعد کلی و عمومی میباشد .

کتابهای مجله عبارتند از کتاب بیع ، کتاب اجاره ، کتاب کفالت ، کتاب حواله ، کتاب رهن ، کتاب امانات ، کتاب هبه ، کتاب غصبو اتلاف ، کتاب حجر واکراه وشفعه ، کتاب شرکت ، کتاب وکالت ، کتاب صلح و ابراء ، کتاب اقرار ، کتاب دعوی ، کتاب بینات وسوگند ، کتاب قضاء .

---

۱ــ «مجله» در فرهنگ صحیفهایاست مشتمل بر حکمت ونزد عرب هرکتابرا مجله گویند (لسان العرب،ج۱۳، ص ۱۲۷) .

بطور کلی احکام مجله از کتابهای «ظاهرالروایه» مذهب حنفی گرفته شده و در مواردی که میان امام اعظم و اصحابش اختلاف قول وجود داشته، مجله گفتاری را پذیرفته است که با نیازمندیهای زمان ومصالح عمومی سازگار بوده است. مثلادر محجوریت سفیه مجله از نظریهٔ ابویوسف ومحمد شیبانی استفاده کرده ورأی اماماعظم را نادیده گرفتهاست. وهمچنین در عقد «استصناع» قول ابویوسفرا پذیرفته استونیز در موارد دیگر.

در اندکی از مسائل از محتویات کتابهای «ظاهرالروایه» حنفی اعراض و بمذاهب دیگر توجه شدهاست. مثلا درضمان منافع مال مغصوب، رأیفقیهانمتأخر مذهب حنفی که بقول شافعی نزدیکتر است وهمچنین قول ابولیث سمرقندی صاحب النوازل را در مورد جواز «بیع وفا» در مال منقول بر قول مذهب حنفی در «ظاهر الروایه» ترجیح داده است[1].

در برخی مسائل مجله از قول حنفی، شاید بر سبیل خطا عدول کرده است مثلا در تعریف غبنفاحش، مجله صراحت دارد براینکه، این غبندر اموال وامتعه یك بیستم و در بیع حیوانات یك دهم و در غیر منقول یك پنجم یا بیشتر باشد، در صورتیکه بموجب فتوای مذهبحنفی باتوجه بهنظریهٔ نصیربنیحیی بلخی غبنفاحش وقتی است که از این اندازهها بیشتر باشد[2].

برخلاف فتاوی عالمگیریه ودیگر مجموعههای فقهیاسلامی، مجله دراحکام عبادی و کیفری بحثی نکرده است و موادآن محدود باحکام فقهی متعلق به معاملات مدنی است.

از نظر تطبیق مجلهبا قوانین مدنی اروپا نقائصی در آن یافت میشود که اهم

---

۱ــ شرحعلیحیدر برمادهٔ ۱۱۸، و رد المحتارعلیالدرالمختار (ج ۴، ص ۳۴۴).
۲ــ النظریةالعامة للموجبات والعقود فیالشریعة الاسلامیة، ج ۲، ص ۱۸۲.

آنها بقرار زیر است : نخست اینکه مجله از احوال شخصیه از قبیل ازدواج وطلاق ونفقه وبنوت ونسب و ولایت و وصایت و حضانت و متفرعات آنها بحث نکرده است مگر در کتاب نهم که از حجر بحثی بمیان آورده و همچنین از احکام ارث ووصیت ومفقود و وقف ونیز از دیگر مطالبی که در قوانین‌جدیدیافت میشود ، بحثی‌ننموده است. علت اساسی‌این‌امر را اختلاف‌نظرهای زیاد در برخی ازمسائل مزبور ، و تعدد ادیان وروش‌های گوناگون در کشور عثمانی‌ونرمش‌سیاست‌دولت‌وقت در رفتارخودبا خارجیهای مقیم کشور عثمانی که در امور مذهبی واحوال‌شخصیه بآنان آزادی داده شده بود ، میتوان دانست .

تا سال ۱۹۱۷ وضع بدین منوال بود تا دولت عثمانی قانونی در ازدواج و طلاق وضع کرد که در تاریخ ۸ محرم ۱۳۳۶ ه ( ۱۳۳۳ مالیه ) بنام قانون خانواده اعلام شد ، واین قانون گرچه در اصل برحسب مذهب رسمی‌حنفی‌بود ولی دربسیاری از مسائل مانند فساد ازدواج در حال اکراه وبطلان طلاق در حال مستی وبااکراه، وتفریق‌زن وشوی درزمان شقاق ونزاع وغیره ازمذاهب دیگراسلامی متأثرشده‌بود .

دو دیگر اینکه در مورد الزامات وعقود نظریهٔ کلی و عمومی در مجله یافت نمیشود . مثلا می‌بینیم که قواعد ایجاب وقبول که به کلیهٔ عقود تعلق دارد در مبحث بیع درج شده واحکام جرائم مدنی در مباحث غصب واتلاف پراکنده شده است ...

سه دیگر اینکه مجله ازنظریهٔ «عقد فاسد» پیروی کرده است مثلا برای‌صحت برخی عقود شرائطی قائل شده که منافی آزادی عقود میباشد و تسهیلاتی را که در برخی ازمذاهب دیگر دیده میشودمورد استفاده قرار نداده‌است . مثلا درمجله‌چنین آمده است که : تعلیق ثمن بر امر نامعلوم در مدت نامعین موجب فساد بیع است و همچنین در مجله ، بخلاف مذهب شافعی ، منافع اموال را قابل تقویم و ارزیابی ندانسته ، بهمین‌جهت غاصب، ضامن منافع مال‌مغصوبه نیست مگر دربرخی‌موارد..

اما این نقص بموجب مادهٔ ٦٤ آئین دادرسی مدنی عثمانی مرتفع شد و بـا توجه به‌قانون ١٥ جمادی‌الاخر ١٣٣٢ ه‍ (٢٨ نیسان ١٣٣٠ مالیه و ١٩١٤میلادی) که آزادی همهٔ قراردادهـای خصوصی را اعلام کرد کلیهٔ عقود و تعهدات چنانچه مخالف قانون و نظم عمومی واخلاق و آداب نباشد نافذ ومعتبر شمرده شده وبموجب این قانون برای تحقق عقد اتفاق طرفین عقد برنکات اساسی کافی است ، گـر چه به‌ذکر نکات فرعی توجهی نشود ، ونیز معامله آنچه را که فعلا وجود ندارد ولی در آینده وجود خواهد داشت ، جائزدانست . وتمام اعیان ومنافع‌وحقوقی را که عادت بر دادوستدشان جاری میباشد ، در حکم مال قرارداد .

**شرح‌های مجله**

مجلهٔاحکام‌عدلیه به‌هنگام انتشار ، توانست‌خلاء بزرگی را که درعالم قضاوت ومعاملات شرعی وجود داشت، پر کند . ومسائل‌حقوقی‌را که در کتب فقهی پراکنده و دستخوش فتوی‌ها واقوال متعدد ومختلف بودند ، بصورت روشن وثابتی درآورد و رجال قانون را از رنج فهم وتطبیق آنها آسوده ساخت.

تا آنروز رسم بر این بود که متن‌های مختصر و کتب مهم فقه را شرح کنند وبرآنها حاشیه بنویسند ولی از این پس شرح نگاری به‌تفسیر معانی وبیان مصادر و ادلهٔ موادمجله منحصر شد .

از مهمترین شرح‌های ترکی قدیم مجله ، میتوان‌شرح‌های عاطف‌بیك ورشید پاشا و جودت پاشا وغیره را نام برد . و از قدیمترین شرح های مجله بزبان عربی شرحی‌است‌بنام « مرآه مجلهٔ احکام عدلیه» تألیف مسعود افندی مفتی سابق قیصری که بزبان عربی بر متن ترکی نگارش‌یافته ودرسال ١٢٩٩ ه‍ (١٨٨١م) دراسلامبول بچاپ رسیده است و حاوی بیان صحیح مآخذ و شرح مختصر و روشنی از مندرجات

مجله است .

سپس مرحوم سلیم رستم باز لبنانی از اعضاء سابق شورای دولتی عثمانی کار او را دنبال کرد و شرح او در سال ۱۸۸۸ بچاپ رسید ، وسپس بارها تجدید چاپ شد .[۱]

شرح مزبور کتابی است کلان که فهم آن آسان وعباراتش مختصر است ومآخذ را جابجا نقل کرده است . واین شرح که جنبهٔ عملی آن بیشتر بود ، باآنکه به‌بیان ادلهٔ تفصیلی نپرداخته بازمیان حقوقدانان عربی اشتهار یافته ودست‌بدست میگردید. وآقای یوسف آصاف نیز شرحی بعنوان «مرآةالمجلة» در دومجلد نوشت[۲].

اما بزرگترین و برترین شرحی که بر مجله نوشته شده به «دررالحکام شرح مجلةالاحکام» معروف است که مؤلف آن علی حیدر رئیس دیوان‌عالی کشور عثمانی و امین فتوی و وزیـر دادگستری و استاد سابق مجله در دانشکدهٔ حقوق اسلامبول بود . این شرح در شانزده جزء است وتقسیمات آن برحسب تقسیمات مجله میباشد وبرخی از مجلدات بزرگ وبرخی کوچك و از تفسیر «باز» مفصل‌تر است . و احکام را بادلهٔ تفصیلی ومنابع ومآخذ بیان کرده است . وبالجمله تفسیری است وافی وبر توانائی و احاطهٔ علمی مفسر وشارح خود دلالت داردو مورد استفادهٔ شارحان متأخر قرار گرفته و نیز بوسیلهٔ استاد فهمی حسینی وکیل دادگستری بـه عربی ترجمه‌شده است .[۳]

---

۱ــ طبع سوم این‌کتاب در چاپخانهٔ ادبیهٔ بیروت‌درسال۱۹۲۳ انجام گرفت‌وازمرحوم باز شرحهای دیگری نیز بجای مانده است مانند : شرح قانون اصول محاکمـات حقوقی ، شرح قانون اصول محاکمات جزائی وشرح قانون جزا وکتاب مرقاة الحقوق.

۲ــ در مصر بسال ۱۸۹۴ چاپ شده است.

۳ــ جزءهای‌این‌کتاب‌بطور پراکنده بین سالهای ۱۹۲۵ و۱۹۳۶ در چاپخانه‌های*

نخستین شرح از شرح‌های تازهٔ مجله عبارت است از «کتاب الادلة الاصولیة شرح مجلة الاحکام العدلیة فی‌قسم الحقوق المدنیة» که درتاریخ ۱۹۱۹ توسط استاد محمد سعید مراد الغزی یکی‌از استادان مدرسهٔ حقوق دمشق نگاشته شد. این‌شرح مختصر و در سه جزء کوچك ومشتمل است بر مواد کلی وتطبیقی مفید[۱].

محمد سعید محاسنی استاد مجله در مدرسهٔ دمشق درسال ۱۹۲۷ شرح‌دیگری بر مجله درسه جزء به‌روش‌تفسیر علی‌حیدر نوشت که از کتابهای درسی‌است ومراجع در آن یاد نشده ولی برخی‌ازقوانین جدید این کتاب مورد بررسی‌تطبیقی قرار گرفته است[۲]. شرح دیگری بخامهٔ محمد خـالد اتاسی مفتی اسبق حمص تصنیف و بوسیلهٔ فرزندش جناب محمد طاهر اتاسی مفتی سابق حمص اتمـام و منتشر شده ، و این شرحی است مفصل ، وکافی و وافی که در شش جزء[۳] ترتیب یافته ودرآن منابع‌فقهی مورد اعتماد ، بیان شده است . واخیراً نیز شرحی ازسید منیر قاضی رئیس دانشکدهٔ حقوق بغداد ، در پنج جزء انتشار یافت که تبویب آن بر وفق موضوعـات است نه شماره‌های مواد قانونی[۴] .

* حیفا و یافا وغزة وقاهره بچاپ رسید و اصل ترکی آن در سال ۱۳۳۰ در چهار جلد در اسلامبول چاپ شد . وعلی حیدر راکتابی دیگر است بنام‌الاحکام الشرعیة فی‌الاحوال الشخصیة که آنرا در غرهٔ رجب سال ۱۳۳۳ ه (۹۱۵ م) مرتب‌کرد . ومجلهٔ قضائی آنرا در دو جلد سوم و چهارم به عربـی ترجمه و انتشار داد ( بسال ۱۹۲۳ ـ ۱۹۲۴ چـاپخانهٔ صادر ، بیروت ) .

۱ـ در چاپخانهٔ بطریرکیة در سال ۱۳۳۸ ه ، بچاپ رسیده است .

۲ـ درموضوع‌مجله‌کتاب دیگری ازمؤلف نامبرده هست‌که مختصر بوده ولی بصورت علمی تبویب شده و بنام «موجز فی‌القانون المدنی» چاپ شده است .

۳ـ در حمص بین سنوات ۱۹۳۰ و ۱۹۳۷ بچاپ رسیده است .

۴ـ در بغداد در چاپخانه‌های معارف و تفیض الاهلیة بین سالهای ۱۹۳۶ ـ ۱۹۴۲*

شرح‌های دیگری نیز برمجله نوشته شده ولی غالباً به‌شرح برخی‌از موادآن، خصوصاً صد مادهٔ مقدمه اکتفاء شده است و بیان آنها موجب درازای سخن خواهد بود .

* بچاپ رسیده است.

# فصل نهم

## سیر و تطور قانون‌گذاری در کشورهای شرقی

### مجله در روزگار ما

تدوین قوانین در کلیهٔ کشورهای عربی عمومیت‌داشت ومقررات مجلهٔ احکام عدلیه در ترکیه ومعظم سرزمین‌های تابعهٔ آن تا مدتی پس از جنگ جهانی نخست اجرا میشد و از آن پس در ترکیه بطور کلی لغو شد و متدرجاً در لبنان و سوریه ، جز در برخی از مسائل ، ملغی گردید و امروزه تنها در فلسطین و اردن هاشمی[1] وعراق با تعدیلات وتغییرات زیادی اجرا میشود .

در اینجا ناگزیریم به طرح قانون مدنی جدید عراق اشاره کنیم : در سال ۱۹۳۶ انجمنی دربغداد مأمور تهیهٔقانون مدنی تازهٔ عراق گردید وکارمهم این‌انجمن این بود که قوانینی بر اساس و پایهٔ نصوص فقه اسلامی تنظیم و مقتضیات اجتماعی

---

۱ـ اصولا مواد مجله هم‌اکنون درکشور اردن هاشمی اجراء میشود . البته تعدیلها و تغییراتی در آن بکار رفته است ، از قبیل مادهٔ ۶۴ قانون محاکمات حقوقی و قانون تعدیل گواهان مصوبهٔ سال ۱۹۲۸که بموجب آن قاضی میتواند به‌بررسی وارزیابی‌گواهی بپردازد (به‌روزنامهٔ رسمی شماره ۲۱۱ منتشره در ۶ کانون اول ۱۹۲۸ مراجعه شود).

روز را از قوانین خارجی اقتباس کند و در آن بگنجاند. انجمن مذکور یکی از فقیهان بنام مصر، دکتر سنهوری پاشا را مأمور تهیهٔ پیش نویس این طرح کرد و پس از نگاشتن قسمتی از مواد، زمانی از کار باز ایستاد ولی مجدداً در سال ۱۹٤۲ بکار پرداخت و آنرا بپایان رسانید. انجمن مزبور بهریاست دکتر سنهوری و عضویت عده‌ای از رجال قانون در بغداد هم اکنون[۱] به‌بررسی طرح جدید مشغول است و پس از پایان کار آنرا بمنظور تصویب بپارلمان عراق خواهند برد[۲]. اکنون بچگونگی تدوین قوانین در مهمترین کشورهای اسلامی وغربی اشارت میرود:

**پاکستان وهند**

بموجب آمار گیری سال ۱۹٤۱ جمعیت هند انگلیس پیش از تقسیم به‌پاکستان وهند درحدود چهارصد میلیون بود که نود وپنج میلیون[۳] آنها مسلمان بودند واغلب آنان در نواحی بنگال وپنجاب و کشمیر اقامت داشتند و مذهب غالب آنان عبارت بود از: سنی حنفی، پیروی از مذهب سلف، مذهب شیعه[٤] و مذهب شافعی.

دولت انگلیس از بادی امر مردم هند را در پیروی از عادات و شرایع خود آزاد گذارد، ودر تاریخ ۱۷۷۲ قانونی وضع شد که بموجب آن مسلمانان میبایستی درقضایای ارثی وازدواج وغیره به‌قرآن وعادات واحکام قبیله‌ای خود عمل کنند، در نتیجه

۱ـ مراد موقع تألیف این کتاب است ـ مترجم.

۲ـ این اطلاعات از دکتر سنهوری پاشا بدست آمد.

۳ـ بکتاب ولفرد اسمیت، *Modern Islam in India*، لندن، ۱۹۴۶، ص ۱۵۸، رجوع شود.

۴ـ نسبت تعداد شیعیان بهمهٔ مسلمانان پاکستان و هند تقریباً بهیك سیزدهم میرسد. بههمان مرجع، ص ۳۰۲، رجوع شود.

وجوه اختلاف واشتراکشان را بابراهین و استدلالات موافق ومخالف روشن گردانم. ودر غالب مراحل تدوین وبحث سعی شد که هر نظریه با مبانی خود بیان گردد، بدون توجه بمذهب معینی وبدون تعصب در ترجیح و تفضیل رأیی ، واین امر بعهدهٔ خوانندگان و پژوهندگان گرامی واگذار میشود.

امیدوارم بدینوسیله بتوانم وجههٔ نظر اسلامی را در امر قانونگذاری بخودی وبیگانه بمقتضای حقیقت روشن گردانم وآثار خرابکاریها وتشویش‌هائی را که بعضیها در اذهان ایجاد کرده‌اند بزدایم، اینان عده‌ای از مستشرقین وپیروان چشم بستهٔ آنان هستند که در تفحصات خود یا بمراجع اصلی آشنائی ندارند و یا بمنابع غیر موثق توجه کرده‌اند .

علت نابود کردن و تشویه حقایق ثابت علمی هرچه باشد ، سهو ، شتابزدگی، عدم دقت ، نادانی ، اعمال غرض وغیره گناهی است نابخشودنی ؛ همچنین امیدوارم اسلوب قانونگذاری غربی را بر مطلعین شریعت اسلامی خصوصاً بر مجلهٔ احکام عدلیه نزدیک گردانم و وجوه توافق وتباین دو شیوهٔ تشریعی را در حد امکان واضح کنم .

این است بالجمله از مقاصد من در تألیف این کتاب و نسبت بموفقیت خود خرسندم . «ما اوتیتم من العلم الا قلیلا » .

وسبك وآئین مؤلفین این است که تألیفات خود را با پوزش خواهی آغازند و بر خطاها و فراموشکاریهای خود اغماض بخواهند . بنظر من اگر اعتذار آنان بمنظور اظهار فروتنی باشد که آن درخور من نیست ومن بیش ازآنان نیازمند اعتذار و طلب شکیبائی بر تحمل خطاها و نقائص واقعی خود در این کتابم و ناچار یادآور می‌شوم که این کتاب مقدمه‌ای بیش نیست و امید است کتاب دیگری را تحت عنوان «نظریة العامة للموجبات والعقود من الشریعة الاسلامیة» که بر وفق مذهب‌های مختلف

قضات‌ورجال قانون‌درحل وفصل‌دعاوی‌مسلمانان ناگزیر بودند برای‌اطلاع ازشریعت اسلام به کتب فقهی مراجعه کنند . ازمیان کتابهای فقهی حنفی ، کتاب هدایه وفتاوی هندیه عالمگیریه وسراجیه[1] ودر فقه جعفری کتاب شرایع‌الاسلام آوازه یافت .

وبرخی از کتب مزبور بزبان انگلیسی برگردانده‌شد . مثلا هاملتون کتاب هدایه را درسال۱۷۹۱[2] وسرویلیام جونز سراجیه را در سال ۱۷۹۲ وبایلی‌برخی از ابواب‌فتاوی هندیه وقسمت معظم کتاب شرایع الاسلام[3] را ترجمه کرد .

و تا اواسط قرن نوزدهم کار بدین منوال ادامه داشت . در این تاریخ دولت در وضع قانونگذاری جنبشی بوجود آورد ، و قوانین مختلفی از قبیل قانون الغاء بردگی بسال ۱۸۴۳ و قانون کیفر همگانی وآئین دادرسی کیفری که از سال ۱۸۶۲ بموقع اجرا گذارده شد وقانون گواهی هندی[4] بسال ۱۸۷۲ و قانون اوقاف بسال ۱۹۱۳[5] وقانون «شریعت» برای مسلمانان بسال ۱۹۳۷[6] وضع شد .

این بود وضع قانونگذاری در هندوستان پیش از تقسیم اخیر که جز در مواردیکه با وضع جدید تعدیل‌هائی بوجود آمده بود در بقیهٔ موارد با مسلمانان برطبق احکام شریعت اسلامی رفتارمیکردند، خواه بمقتضای نصوص قانونی دراحوال

---

۱ــ السراجیة تألیف‌سراج‌محمد سجاوندی ازفقهاء قرن‌ششم هجری است‌که درموضوع فرائض ومواریث شهرت دارد . وسید شریف جرجانی آنرا بنام شریفیه ، شرح کرده است .

۲ــ در لندن در چهار جزء بچاپ رسیده ودرسال ۱۸۷۰ نیز تجدید چاپ شده‌است.

۳ــ *Baillie, Digest of Moohummudan Law.*

۴ــ *Indian Evidence Act.*

۵ــ ویلسون ، جامع‌الشریعة المحمدیة الانکلیزیة *Digest of Anglo Muhammadan Law* ، کلکته ، ۱۹۲۱ ، ص ۴ و ۲۱ــ۴۸ .

۶ــ *Shariat Act ، 1937* . بـه کتـاب مبـادی الشریعة المحمدیـة تـألیف سید ملا *Principles of Mohamedan Law* ، کلکته ، ۱۹۳۸ ، ص ۳ و بعدآن .

شخصیه وخواه بمقتضای عرف وعادت در مواردی از قبیل شفعه وغیره . با وجود این دادرسان در تطبیق احکام شرع چندان در بند اقوال فقیهان نبودند ، بلکه گاهی با تأثر از روش حقوقی انگلستان و تطور مقتضیات جدید ، تفاسیر خود را توسعه میدادند .[۱]

در اینجا ناگزیر از بزرگداشت نهضتی هستیم که پیش از تجزیهٔ اخیر در هندوستان پدیدآمد و عده‌ای از رادمردان پاك نهاد مسلمان مانند احمدخان بهادر (۱۸۱۷ـ۱۸۹۸) بنیان‌گذار دانشکدهٔ علیگره بسال ۱۸۷۵ که در سال ۱۹۲۰ به‌دانشگاه اسلامی مبدل شد وقاضی مشهور شیعه سیدامیرعلی (۱۸۴۹ـ۱۹۲۸)صاحب تألیفات معروف بزبان انگلیسی ، از جمله کتاب روح الاسلام[۲] منتشره بسال ۱۸۹۱ وشرع محمدی[۳] که بسال ۱۸۹۲ منتشر شد، وشاعر بلندآوازه محمد اقبال (۱۸۷۶ـ۱۹۳۸ ) بر انگیزندهٔ شورش اجتماعی اخیر و صاحب کتاب محاضرات ششگانه در اساس فکر دینی در اسلام[۴] ، بپا خاستند و مردم را به اصلاح اجتماعی و آزادگی از تقلیدهای کورکورانه و پاره کردن بندهای نادانی و بازگشت به‌روح شریعت و احراز مبادی دموکراسی فراخواندند[۵].

---

۱ـ عبدالرحیم ، الشریعة المحمدیة ( *Muhammadan Jurisprudence* )،چاپ مدراس بسال ۱۹۱۱ ، ص ۴۲ـ۴۴ .

۲ـ *The Spirit of Islam* . چاپ پنجم‌آن در لندن بسال ۱۹۴۹ انجام‌یافت.

۳ـ *Mahommedan Law* . که از دو جزء تشکیل یافته ، بار اول در کلکته بسال ۱۸۹۲ـ۹۴ بچاپ رسید وبعد بارها تجدید چاپ شد . وچاپ پنجم از جزء دوم آن در سال ۱۹۲۹ است.

٤ـ *Six lectures on the reconstruction of Thought in Islam* ، لاهور ، ۱۹۳۰ .

۵ـ رجوع شود به‌کتاب ولفرد اسمیت مذکور (ص ۱۵ و ۴۷ و ۹۸) وکتاب رتشرد سایموندس (پیدایش پاکستان *The Making of Pakestan* ، لندن ، ۱۹٤۹ ، ص ۲۸ـ۳۷) .

نهضت دیگری نیز با قیام میرزا غلام احمدقادیانی (۱۸۳۹-۱۹۰۸) صورت گرفت. او نیز مردم را بسوی یگانگی واصلاح دعوت کرد ولی درسال۱۸۸۹ مدعی شد که هومهدی منتظر ومسیح موعود است واین ادعا برای او ، درجهان اسلام تأثیر نامطلوبی ایجاد کرد[۱]. وپس ازمرگ او پیروانش دوقسمت شدند: یکی فرقه قادیانیه که به‌پیامبری بنیان گذار اصلی و به‌پیشوائی جانشین او معتقد ماندند، و دیگری فرقهٔ لاهوریه که امروزه به‌جمعیت احمدیه معروف است و افراد آن به‌اشاعهٔ اسلام مشغولند. این گروه متشکل از مردانی آزاد اندیش است که به‌نبوت مؤسس مذهب قادیانی ایمان‌ندارند وهم اکنون رهبری آنان بامولانا محمدعلی است. ونمایندگان ومبلغان این فرقه وشعبات آن در اغلب شهرهای مغرب زمین فعالیت میکنند[۲].

بدون تردید نهضت علمی اصلاحی مزبور ، نهضتی سیاسی به‌ریاست قائد اعظم محمدعلی جناح بدنبال داشت که خواهان تأسیس یك‌دولت اسلامی مستقل بود. این جنبش انقلابی سخت در پی‌داشت که در نتیجه هند به دو دولت تقسیم گردید: اولی بنام بهارات یا هندوستان یا هند بااکثریت هندو و دومی پاکستان یا جایگاه پاکان که نزدیك هشتاد و دو میلیون واندی[۳] نفوس دارد و اکثرشان مسلمانند واز دوقسمت تشکیل یافته است[۴]. پاکستان غربی شامل سند وبلوچستان وپنجاب غربی و ایالت

۱- رجوع شود بمجلهٔ المنار (سال ۱۳۴۴ ه ، ص ۵۵ و سال ۱۳۴۶ ، ص ۵۴۳) و رسالهٔ آقای محمد خضر حسین (قاهره ، ۱۳۵۱ ه) .

۲- کتاب اسمیت مذکور (ص ۲۹۸ وبعد) وکتاب گیب ، *Mohammedanism Gibb* (اکسفورد، ۱۹۴۹ ، ص۱۸۶-۱۸۷) .

۳- بموجب آمارگیری رسمی سال ۱۹۴۹ در نشریهٔ وزارت اقتصاد پاکستان بسال ۱۹۵۰ ، ص ۸ .

۴- مساحت پاکستان شرقی پانزده صدم از مساحت‌کل پاکستان ولی جمعیت‌آن‌پنجاه وهفت صدم جمعیت‌کشور است (همان مرجع) .

مرزی شمال غربی و ولایت بهاولبور و دیگر ولایات و سرزمینهای عشایـر نشین . و پاکستان شرقی که از بنگال شرقی تشکیل یافته‌است . خلیج بنگال و سرزمین وسیعی از اراضی هندوستان ، پاکستان خاوری را از باختری جدا میسازد . وایالت کشمیر تاکنون مورد نزاع واختلاف میان دو دولت هند وپاکستان است.

در چهاردهم آب ۱۹٤۷ پاکستان بعنوان یك دولت مستقل تشکیل شد وروز بعد این دولت خودرا دومینون وعضو کشورهای مشترك المنافع اعلام کرد وبنابراین شد که جمعیت مؤسسان قانون اساسی را تدوین کند ونظام حکم را معین دارد . در شباط ۱۹٤۹ جمعیت مزبور هدف های نهائی خود را اعلام کرد ومبادی دموکراسی وآزادی ومساوات وجوانمردی و دادگری اجتماعی را که با تعالیم اسلامی سازگار میدانست ، در آن گنجانید . وبمناسبت استقلال پاکستان بدین مطلب نیز ناگزیر باید اشاره کرد کـه جزائر هند شرقی هلندی نیز کـه اهم آنها عبارتند از جاوه و سوماترا در ۱۷ آب ۱۹٤۹ بنام جمهوری اندونزی استقلال و حریت خود را اعلان کرد وسپس بتاریخ ۲۷ کانون اول سال ۱۹٤۹ ، کنفرانس لاهه ، استقلال آنرا بنام کشورهای متحدهٔ جمهوری اندونزی شناخت . امروز اندونزی هفتاد و پنج میلیون نفر جمعیت دارد که اکثر آنها مسلمان و شافعی مذهبند . وبرخی از احکام شریعت آمیخته با عرف وعادت محلی بویژه در مورد احوال شخصیه بین آنان جاری است.

**مصر**

نفوس مصر تقریباً بیست میلیون واکثرشان مسلمانند و غالب آنان شـافعی مذهبند ، واین امر طبیعی بنظر میرسد چه امام شافعی مذهب جدید خود را در مصر انتشار داد.

پیش ازدوران حکومت اسماعیلیه برمصرمذهب شافعی مذهب دادرسی بود وسپس

درزمان حکومت ایوبیان مجدداً مذهب قضاء بشمار میرفت واین امر تاروزگار حکومت ظاهر بیبروس ادامه داشت ولی بیبروس قضاوت رابرحسب هریك از چهار مذهب شافعی و مالکی و حنفی و حنبلی باحفظ تقدم و اولویت برای قاضی شافعی، رسمیت داد. و امر بر این منوال بماند تادر زمان تسلط عثمانیان که دادرسی برحسب مذهب حنفی انجام میگرفت وتا امروز دادرسی شرعی در این کشور برهمان روش است .

در دوران حکومت عثمانی دادگاههای نظامی بوجود آمد و دائرهٔ صلاحیت دادگاههای شرعی تنگتر گردید . در مصر بعلل سیاسی مجلهٔ احکام عدلیه مورد عمل قرار نگرفت واستقلال قضائی و اداری مصر در زمان اسمعیل پاشا بنا بفرمان خدیو مصر در تاریخ جمادی‌الاولی ۱۲۹۱ هـ (۱۸۷٤ م) اعلام شد .

سپس در تاریخ ۱۸۷٥ برای رسیدگی حقوق بیگانگان در مصر قانون مدنی و دادگاههای مختلط در آن کشور بوجود آمد وبعد در سال ۱۸۸۳ دادگاهائی بنام «محاکم‌اهلی وقانون‌مدنی اهلی وقوانین‌مختلط مختلف‌مدنی تنظیم‌یافت ولوایح زیادی هم در مورد ترتیب دادگاههای شرعی تصویب و صلاحیت دادگاههای شرعی فقط باحوال‌شخصیه‌ومتفرعات آن[1] منحصر شد .

در مصر نیز جنبش اصلاحی تازه‌ای بنام نهضت سلفیه یا مذهب سلف صالح برهبری سید جمال‌الدین افغانی (۱۸۳۹ـ۱۸۹۷) و شاگردش استاد امام شیخ محمد عبده ( ۱۸٤۹ـ۱۹۰٥ )[2] مفتی مصر که خداوند هر دو را غرق آمرزش کناد بوجود آمد ومبادی آن‌بوسیلهٔ کتابها وسخنرانیها ومقالات نشر گردید که مهمترین آنهامجلهٔ

---

۱ـ رجوع شود بکتاب گودبی ( *Goadby's Introduction to the Study of Law* ) لندن ، ۱۹۲۱ ، ص ۱۶۲ و ما بعدآن . و تاریخ القضاء فی الاسلام از آقای عرنوس (صفحهٔ ۱۰۳ـ۱۱۱ و ص ۱۹۶ وبعد) .

۲ـ مراجعه شود به «تاریخ الاستاذالامام‌الشیخ محمد عبده» ازآقای محمد رشیدرضا. چاپخانهٔ المنار ، ۱۹۳۱ .

المنار بود که در سال ۱۸۹۷ در قاهره بدست آقای محمد رشید رضا تأسیس شد .

هدف‌های مذهب سلفیه رجوع بقرآن وسنت وجنگ با خرافات وبدعت‌های مخالف دین وهر گونه جمود فکری و تقلید کور کورانه بود . بلی «مقلدین هر امت سایه‌های بیجانی از دیگران ، وسبکسر وبیمقدار و دست آویز دشمنانند ، وحواس و قوای دراکهٔ آنان فرودگاه دسیسه‌ها ونشیب گاه وسوسه‌ها است ، و دلهایشان پر از بزرگداشت کسانیست که افسار به گردنشان انداخته‌اند وبه‌هر طرف میکشندشان . بالنتیجه غیر آنان را خرد میشمارند ونسبت به‌ابناء نوع خود نامیمون وبدپندارند ، وکار واعمال آنان را خوار وسبك میدانند[1] .

بنابراین مذهب سلفی بامذهب وهابی بامذهب جدید حنبلیان[2] نزدیك است چه این دو مذهب به کتاب وسنت قابل اعتماد استوار است واجتهاد را براین اساس و پایه میدانند ، بی آنکه خودرا به‌آراء برخی از فقیهان مقلد قشری مقید سازند .

مذهب سلفی معتقد است که‌باید مذاهب مختلف اسلامی‌را متحد کرد ، نه‌اینکه به‌یکی از مذاهب تمسك جست . چه «ملت اسلام نمیتواند بار تقلید ... مقلدین هر مذهب‌بخصوصی‌را بدوش‌بکشدو یامصالح‌اقتصادی وخانوادگی وزناشوئی‌خودرا منوط به‌فهم آنان از کتب مذهب بخصوصی در سختی‌ها و آسانیهای آن نماید»[3] و همچنین پیروان این مذهب شریعت اسلامی را با تمدن‌های تازه سازگار دانسته وبسیاری از داد وستدهائی را که‌باقتضاء نیازمندیهای بازرگانی روزپدیدار گشته ، جائزمیشمارند

۱ــ العروة الوثقی چاپ مطبعهٔ اهلیه ، بیروت ، ۱۹۳۳ ، ص ۶۶ . این مجلهٔ‌هفتگی بوسیلهٔ سید جمال افغانی وعبده در پاریس تنظیم مییافت ودرمدت هشت‌ماه ، هیجده عدد ازآن منتشرشد .

۲ــ رجوع شود به‌المنار ، سال ۱۳۴۵ ه ، ص ۳ .

۳ــ المنار ، همانسال ، ص ۱۵۸ .

چه‌معتقدند که: «درمقام تعارض عقل و نقل‌اولی مرجح ومقدم‌است». این‌معنی با گفتار ابن‌تیمیه نیزسازگار است : « احادیث صحیح درشرع اسلام همیشه با مقتضای عقل موافق است»[۱] .

براثر همین جنبش خجسته بود که رئیس دانشگاه الازهر مرحوم شیخ محمد مصطفی مراغی (متوفی بسال ۱۹٤۵) دست باصلاحاتی زد و به‌توجیه مسائل پرداخت وآثار پسندیده‌ای در عـالم تشریع وتحقیق ونشر ازخود بجای گذاشت و گروهی‌از دانشمندان را بنمایندگی خود به‌کنفرانس بین‌المللی در مورد حقوق تطبیقی‌بتاریخ آب سال ۱۹۳۷ فرستاد. این نمایندگان مسئولیت‌های‌جزائی ومدنی را در شریعت اسلام تشریح کردند واستقلال گوهری شریعت اسلامی وشایستگی‌آنرا در تطبیق با نمودهـای جدید اجتماعی ، بدون هیچگونه تأثر ازحقوق روم ، مورد تأیید قرار دادند . لذااساس مذکورمعتبرشناخته‌شدومقرر گردید که قوانین اسلام‌بانیازمندیهای زندگی حـاضر سازگار است و نیز در کنفرانس مزبور قرار بر این شد کـه در کنفرانس‌های آینده به هنگام بحث در مسائل مربوط به‌شرع اسلامی ، علاوه بـر زبانهای دیگر بزبان عربی نیز کنفرانس داده شود.

و همچنین انجمنی به‌ریاست مرحوم شیخ مراغی و عضویت گروهی از جمله حضرت شیخ عبدالمجیدسلیم مفتی مصروشیخ فتح‌الله‌سلیمان رئیس قضات مصر تشکیل شد وکاراین انجمن اصلاح وتدوین قانون‌احوال‌الشخصیه بروفق حاجات زمان باتوجه باصول معتبره در جمیع مذاهب اسلامی بدون تقید بمذهب مخصوصی‌بود .[۲]

---

۴ـ کتاب الاسلام والنصرانیة مع‌العلم والمدنیة ازشیخ محمد عبده ،چاپخانهٔ المنار، سال ۱۳۵۰ ه ، ص ٥٦ .

۱ـ تاریخ‌التشریع الاسلامی از سبکی و رفقایش (قاهره ۱۹۳۹ ، ص ۳۵۱ و بعد ) .

مراجعه کنیدبه‌سخنرانی حضرت شیخ‌مراغی‌هنگام افتتاح جلسات این انجمن درکتاب‌القضاء*

چون اسمعیل پاشا خدیو مصر از روی علاقه‌ایکه به استقلال و حریت مصر داشت ، عمل به‌مجلهٔ عثمانی را منع کرد ، وشیخ مخلوف منیاوی را به تطبیق دادن قانون فرانسه بامذهب مالك ، مکلف ساخت و کتابی بزرگ در این زمینه تألیف شد و موارد موافقت و مطابقت این دو قانون با یکدیگر مورد بحث قرار گرفت . ولی تهیه ووضع قانون مدنی مصر که مقتبس از قانون مدنی ناپلئون بود مایهٔ اعتراض شدید گروه محافظه‌کاران شد و برخی‌از آنان درمقام‌اثبات بی‌نیازی باین‌امر بر آمدند ومرحوم قدری پاشا کتاب «مرشدالحیران الی‌معرفة احوال الانسان» را بشکل‌قانون مدنی جدید باتوجه باصول مذهب حنفی تألیف کرد[1] .

از آن پس چون حکومت مصر گروهی را برای تبادل نظر در قوانین مدنی وتعدیل آنها بر گزید ، افکار میهن دوستی بیدارشد و گروهی از دانشمندان[2] اصول قانونگذاری جدیدرا مورد اعتراض قراردادندوآنرا باروحیه مردم، بیگانه‌تشخیص دادند و بباد انتقاد گرفتند . وخواستار آن شدند که قوانین شرع‌اسلام که سیزده‌قرن بر مردم سابقهٔ حکومت داشت ، اساس و پایهٔ قانونگذاری قرار گیرد ، چه شریعت مزبور با مفاخر ملی وزبان عربی چنان جوش خورده و گنج‌هائی از مظاهر قومی‌را

---

*فی‌الاسلام‌ازآقای عطیه مصطفی‌مشرفة (مصر،۱۹۳۹ ، ص ۷۸-۸۰) . و همچنین‌به نشریهٔفصلی جمعیت‌حقوق‌تطبیقی *Bulletin Trimestriel de la Société de législation conparée* سال۱۹۳۷ ، ص ۳۵۶-۳۵۷ رجوع شود.

۱- این‌کتاب مشتمل بر ۱۰۴۵ ماده است .کتابهای‌قانون الاحوال‌الشخصیة‌المصری- که بدان اشارت خواهد شد - وقانون العدل والانصاف علی‌مشکلات الاوقاف شامل ۶۴۶ ماده، از تألیفات قدری پاشا است .

۲- از قبیل شیخ محمد سلیمان نائب دادگاه عالی شرعی در رسالهٔ خود «بای شرع نحکم» (قاهره ، ۱۹۳۶ م) وشیخ احمد محمد شاکر در رسالهٔ خود «الشرع واللغة» (قاهره، ۱۹۴۴) ، وآقای محب‌الدین خطیب ودیگران .

در بر گرفته است که از هر جهت با تمدن جدید و نهضت ملی سازگاری و مناسبت دارد. و از این راه میتوان خود را از نفوذ بیگانه آزاد کرد و مصر را به‌پیشوائی شرق رساند، زیرا قوانین شریعت اسلام با خواسته‌های افراد ملل اسلامی سازگار است و این سازگاری برای موفقیت هر قانون لازم و بایسته است.

حکومت مصر تدوین‌احکام شریعت‌را دراحوال شخصیه برمبنای مذهب‌حنفی به محمد قدری پاشا واگذار کرد و او قانونی در ٦٤٧ ماده شامل مباحث ازدواج وطلاق وحقوق‌اولاد ووصایت وحجر وهبه و وصیت وارث تدوین کرد. این‌قانون در دادگاههای شرعی مصر ودیگر ممالك اسلامی ملجأ ومرجع دادرسی شناخته شد.[۱]

باستناد مادهٔ ۲۸۰ لایحهٔ محاکم شرعی مصوب سال ۱۹۱۰ درمصر مذهب‌حنفی بر دیگر مذاهب رجحان داشت و میبایست مورد عمل قرار گیرد ولی قانون شماره ۲۵ صادره در سال ۱۹۲۰ این موضوع را تعدیل کرد، و در مسائل معینی از ابواب نفقه و عده واحکام مفقود عمل بمذاهب مالکی وشافعی وغیره را نیز جائز شمرد.

همچنین کشور مصر، همواره در مدونات شرعی جدید خود پای بند بمذهب ابوحنیفه نبود، وقانون مواریث مصوبهٔ ششم‌آب سال ۱۹٤۳ گرچه اساساً مبتنی بر کتاب قدری پاشا نوشته شده بود، در برخی از مسائل باآن بمخالفت پرداخت واز مذهب شافعی پیروی کرد، از جمله در این مسأله که اختلاف محل اقامت (اختلاف الدارین) حتی نسبت بمردم‌غیر مسلمان نیز از موانع‌ارث بشمار نمیرود.[۲] وهمچنین

---

۱ـ از مرحوم شیخ محمد زیدبیك ابیانی‌شرح معتبری براین قانون در سه جزء باقی مانده است.

۲ـ دراین مسأله فلسطین در قانون ارث خود مصوبه ۸ آذار ۱۹۲۳ ولبنان درقانون مصوبه ۱۸ حزیران ۱۹۲۹ و سوریه در فرمان دولتی شماره ۱۸۳۳ مورخ ۶ شباط ۱۹۳۰ (که مورد تأیید مقامات فرانسوی بموجب قرار شماره ۱۲۴۵ صادرهٔ ۸ شباط سال ۱۹۳۰ *

بموجب قانون جدید وقف مصوب سال ۱۹٤٦ بخلاف مذهب حنفی، حق رجوع ازوقف برای واقف وافرازمورد وقف و نیز تعیین مدت برای وقف جائز شمرده شد و نصاب وقف جائز شمرده شد، و نصاب وقف به غیر وارث به ثلث محدود گشت. و بموجب قانون وصیت جدید صادره در ۲٤ حزیران ۱۹٤٦ وصیت بنفع وارث وهمچنین وصیت دربارهٔ بازماندگان فرزندیکه همزمان باموصی یا زمان حیات موصی وفات یابد، جائز شمرده شد.

اما از نظر قانونگذاری مدنی بدواً در سال ۱۹۳٦ هیئتی برای تنقیح قانون مدنی مصر تشکیل یافت وسپس در سال ۱۹۳۸ هیئتی دیگر وبعد در پایان همانسال هیئت سومی به ریاست دکتر عبدالرزاق سنهوری پاشا تشکیل شد. انجمن مذکور پس از دوسال کار خودرا بپایان رساند ودردنبالهٔ آن یادداشتهای پرارزشی در توضیح قوانین مزبور منتشر ساخت.

قانون تازه ازسه منبع الهام گرفته بود: حقوق تطبیقی، اجتهادات دادگستری مصر، وشریعت اسلام.

نظریهٔ سوء استفاده از حق، مسئولیت عدم تشخیص و تمییز، حوالهٔ دین، مبدأ حوادث و پیش آمدهای ناگهانی، احکام بیمار مشرف بمرگ، غبن، شمول مرور زمان، شفعه، هبه، وغیرآن از احکام تفصیلی[1] از شریعت گرفته شد. پس از تصویب، قانون مذکور در ۱٦ تموز سال ۱۹٤۸ منتشر شد ومقرر گردید که از ۱۵ تشرین ۱۹٤۹ مورد عمل قرار گیرد. این قانون مشتمل بر ۱۱٤۹ ماده بود و در نخستین مادهٔ آن چنین دستور میدهد که هنگام نبودن نص یا اصل عرفی، شریعت

---

* قرار گرفته بود) از مذهب شافعی پیروی کردند.

۱ـ رجوع کنید به خطابهٔ دکتر سنهوری که راجع باین قانون در انجمن پادشاهی جغرافیائی کشور مصر در ۲۴ نیسان ۱۹۴۲ ایراد شده و در مجلهٔ قانون واقتصاد سال ۱۲، ص ۵۵۱ـ۵۷۰ انتشار یافته است.